Der strafrechtliche Schutz der Unterhaltspflicht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Würde eines Doktors

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

HERMANN MICHELS

Gerichtsreferendar in Potsdam.

19 38

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Berichterstatter: Prof. Dr. A. Wegner

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Dezember 1935

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

DEM ANDENKEN MEINES VATERS.

INHALTS-VERZEICHNIS

Vorbemerkung 1

I. Teil:
Überblick über die strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutze des Unterhaltsanspruches in den Einzelstaaten 3

II. Teil:
Durch welche strafrechtlichen Vorschriften wird die Erfüllung der Unterhaltspflicht im geltenden Recht gewährleistet? . 7

I. Abschnitt:
Wird die Erfüllung der Unterhaltspflicht im geltenden Recht durch § 361 Abs. 1, Ziff. 5 RStGB gewährleistet? 8

1. Kapitel:
Entstehungsgeschichte dieser Strafvorschrift . 8

2. Kapitel:
Unter welchen Voraussetzungen wird der Verletzer der Unterhaltspflicht nach § 361 Abs. 1 Ziff. 5 RStGB bestraft? 14

A. Die objektiven Tatbestandsmerkmale der Strafvorschrift des § 361 Abs. 1, Ziff. 5 RStGB. . . 14

I. Wann ist jemand zur Ernährung eines anderen verpflichtet im Sinne dieser Strafvorschrift? 14

1. Ist es von Bedeutung, daß das Gesetz die beiden Ausdrücke „Unterhalt“ u. „Ernährung“ gebraucht? 15

2. Welchen Einfluß hat ein rechtskräftiges Zivilurteil auf die „Verpflichtung“ zum Unterhalt? 29

II. Wann hat sich jemand den Lastern dergestalt hingegeben, daß er in den im Gesetz näher bezeichneten Zustand gerät? 41

1. Wann liegt ein Sich-hingeben vor? . . 41

2. Wann liegt der im Gesetz näher bezeichnete Zustand vor? 42

3. Die Bedeutung der Worte „dergestalt, daß“ 43

III. Wann „muß“ „durch Vermittlung der Behörde“ „fremde Hilfe“ in Anspruch genommen werden? . 45

1. Der Begriff der fremden Hilfe . . . 45

a) Die Bedeutung des Wortes „fremd“ . . . 45

b) Die Bedeutung des Wortes „Hilfe“ . . . 49

2. Wann liegt „Vermittlung der Behörde“ vor? 50

3. Die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe („muß“) 53

B. Ist Schuld des Verletzers der Unterhaltspflicht erforderlich, wenn er aus § 361, Abs. 1 Ziff. 5 StGB bestraft werden soll? 55

3. Kapitel:
Wie und womit wird bestraft? 56
A. Die Haftstrafe auf Grund des § 361 Abs. 1 Satz 1 56
B. Die Überweisung und Unterbringung in einem Arbeitshaus 56

4. Kapitel:
Wie lange ist der Verletzer der Unterhaltspflicht nach § 361 Abs. 1 Ziff. 5 StGB strafbar (Verjährung)? . . . 60

II. Abschnitt:
Wird die Erfüllung der Unterhaltspflicht im geltenden Recht durch § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB gewährleistet? 61

1. Kapitel:
Entstehungsgeschichte dieser Strafvorschrift . . 62

2. Kapitel:
Unter wessen Voraussetzungen wird der Verletzer der Unterhaltspflicht nach § 361 Abs. 1, Ziff. 10 RtSGB bestraft? 62
A. Die objektiven Tatbestandsmerkmale der Strafvorschrift des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 RStGB . . 62
I. Wann ist jemand zur Ernährung eines anderen verpflichtet im Sinne dieser Strafvorschrift? 62
II. Wann ist jemand in der Lage, diejenigen zu unterhalten, zu deren Ernährung er verpflichtet ist? 62
III. Welche Bedeutung hat das Tatbestandsmerkmal „trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde?“ 76
1. Wann liegt eine Aufforderung vor und welche Voraussetzungen werden an sie geknüpft? 76
a) Form, Wesen und Voraussetzung der Aufforderung 76
b) Inhalt der Aufforderung 78
c) Wirkung der Aufforderung 81
d) Ist entsprechende Anwendung der Strafbestimmung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB bei nicht ergangener Aufforderung möglich? 85
2. Welche Behörde ist zuständig im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB? 87
a) Die Rechtslage von Inkrafttreten der Strafbestimmung bis 1924 87
b) Die Rechtslage seit dem 1. April 1924 93
c) Ist das Jugendamt zuständige Behörde? 95
3. Die Bedeutung des Wortes „trotz“ . . . 98
IV. Wann muß durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden? 99

B. Ist Schuld des Verletzers der Unterhaltspflicht erforderlich, wenn er aus § 361, Abs. 1 Ziff. 10 StGB bestraft werden soll? 100

3. Kapitel:
Wie und womit wird bestraft? 111

4. Kapitel:
Wielange ist der Verletzer der Unterhaltspflicht nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB strafbar (Verjährung)? . . 112

III. Abschnitt:

Sind neben § 361 Abs. 1 Ziff. 5 und 10 noch landesrechtliche Bestimmungen strafrechtlicher Natur vorhanden und gültig, die die Erfüllung der Unterhaltspflicht schützen? 115

III. Teil:

Die Reformvorschläge zu den geltenden Strafbestimmungen, die den Unterhaltsanspruch strafrechtlich schützen . . . 118

I. § 306 Ziff. 1 des Entwurfs von 1909 (Vorentwurf) . . 118

II. § 233 des Entw. von Kahl, Lilienthal, von List, Goldschmidt von 1911 (Gegenentwurf) 120

III. § 339 des Entw. der Strafrechtskommission 1913 (Kommissionsentwurf) 122

IV. § 275 des Entw. von 1919 123

V. § 282 des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1925 124

a) Die Neuerungen in Abs. 1 124

b) der Absatz 2 125

VI. § 314 des Entwurfs, der dem Reichstag vorlag (RT-Vorlage) 126

a) III. Wahlperiode, 1924/1927.

b) IV. Wahlperiode, 1928.

c) V. Wahlperiode, 1930.

VII. Die Reformvorschläge in der Denkschrift des Preußischen Justizministers 1933 127

VIII. Die Reformvorschläge im Gürtnerschen Entwurf . . . 127

VERZEICHNIS
DER BENUTZTEN SCHRIFTEN UND ENTSCHEIDUNGEN

I. Gesetze, Entwürfe, Motive.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über die Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. Nov. 1933, RGBl. I, S. 995.

Das Gesetz vom 24. April 1934 betr. Änderungen des StGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896.

Die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871. (Bismarcks Verfassung).

Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Verfassung).

Die Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 8. Nov. 1933.

Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich in der Fassung von 1924.

Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz (UWG) vom 6. Juni 1870, Bundesgesetzblatt S. 360.

Gesetz zur Änderung des UWG und Ergänzung des RStGB vom 12. März 1894 (RGBl. S. 259).

Gesetz betr. Änderung des UWG vom 30. Mai 1908 (RGBl. S. 377).

Die Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924 — RGBl. I, S. 100 (RFürsVO).

Das Reichsgesetz über Jugendwohlfahrt vom 19. Juli 1922 — RGBl. I, S. 633 (RJWG).

II. Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. Juni 1931.

Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 4. Dez. 1924 in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Okt. 1931 — RGBl. I, S. 441.

Preußisches Gesetz zur Ausführung des UWG vom 8. März 1871 — Ges. Samml. S. 130 — und vom 11. Juli 1891 — Ges. Samml. S. 360 — und vom 23. Juli 1912 — Ges. Samml. S. 195.

Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten vom 1. Juni 1794 (ALR).

Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850. Ges. Samml. S. 265.

Gesetz über die Bestrafung der Landstreicher, Bettler und Arbeitsscheuen vom 6. Januar 1843 (Ges. Samml. S. 19).

Preußisches Strafgesetzbuch vom 14. April 1851. (Ges. Sammlg. S. 101).

Gesetz betr. Änderung des Strafgesetzbuchs vom 14. April 1856 — Ges. Samml. S. 210. —

Preußische Ausführungsverordnung zur Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht vom 17. April 1924 — Ges. Samml. S. 210. —

Badisches Polizeistrafgesetzbuch vom 31. Okt. 1863 — Großherzogl. Bad. Regierungsblatt 1863, S. 439.

Bayerisches Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dez. 1871.

Hessisches Polizeistrafgesetzbuch vom 30. Okt. 1855 — Hessisches Regierungsblatt S. 449. —

Württembergisches Polizeistrafgesetzbuch v. 2. Okt. 1839, — Regierungsblatt S. 611. —

Württembergisches Gesetz, betr. Abänderung und Ergänzung des Polizeistrafgestzbuches vom 2. Mai 1852 — Reg. Blatt S. 97. —

Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, Berlin im Juli 1869.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission mit Begr. Berlin 1909 (VE).
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von Kahl, Lilienthal, von List und Goldschmidt nebst Begr. Berlin 1911.
Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch: 1. Teil: Entw. der Strafrechtskommission 1913, Berlin 1921. — 2. Teil: Entw. von 1919, Berlin 1921. — 3. Teil: Denkschrift zum Entw. von 1919, Berlin 1921.
Amtl. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, Berlin 1925, 1. Teil: Entw.; 2. Teil: Begründung.
Entwurf eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Berlin 1927 (Reichstag III. Wahlper. 1924/27 — Nr. 3390).
Reichstag, IV. Wahlper. 1928, (XVI) 21. Ausschuß.
Entwurf eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der I. Lesung des Deutschen Reichstagsausschusses und den Deutsch-Österr. Strafrechtskonferenzen, Berlin 1930 = Ergänzung zu Kohlrausch, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 29. Aufl.
Reichstag, IV. Wahlper. 1928, 21. Ausschuß, Verhandlung.
Reichstag, V. Wahlper. 1930 — Nr. 395.
Denkschrift des Preuß. Justizministers: Nationalsoz. Strafrecht, 1933.
Bericht der Amtl. Strafrechtskommission, hrsg. von Gürtner, 1. Allgem. Teil, Berlin 1934, 2. Besonderer Teil, nach der 1. Lesung, Berlin 1935, 3. Besonderer Teil nach der 2. Lesung, Berlin 1936.
Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags. I. Legislatur-Periode, 1870, Bd. I, II (Verhandlungen), Bd. III, IV (Anlagen, Aktenstücke), VIII. Legislatur-Periode, 1892/3 Bd. I, II (Verhandlungen), Bd. III, IV (Aktenstücke). IX. Legislatur-Periode, 1893/4 Bd. I, II (Verhandlungen), Bd. III, IV (Anlagen, Aktenstücke).
Motive zum BGB, Bd. IV, Familienrecht, hrsg. von Mugdan.

II. Lehrbücher, Kommentare, Dissertationen, größere Aufsätze.

Agahd, Jugendwohl und Jugendrecht.
Amelunxen, Die Verletzung der Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters vom strafrechtlichen und armenpolizeilichen Gesichtspunkt. Erl. Diss. 1914.
Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926.
Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14. Aufl., Leipzig 1886.
Bing, Adolf, Die Unterhaltspflichtigen im Deutschen internationalen Privatrecht, Erl. Diss., 1932.
Binding, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Leipzig 1902. — Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885.
Bretzfeld, Die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht in Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, Bd. 7 (1911), S. 417 ff.
Burghart, Der Schutz des Unterhaltsanspruches im geltenden und kommenden Strafrecht in Ztschr. f. d. Heimatwesen, 34 (1929), S. 257 ff.
Burmann-Moelders, Handbuch des gesamten Jugendrechts (lose Blattsamml.).
Clostermann, Heller, Stephani, Enzyklopädisches Handbuch des Kinderschutzes und der Jugendfürsorge, 2. Aufl. Leipzig 1930.
Daude, Paul, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 17. Aufl. 1930.
Demann, Die Verletzung der Unterhaltspflicht als strafbare Handlung, Freiburger Diss. 1928.
Graf Dohna, Deutsches Strafprozeßrecht, 2. Aufl.
Dünner, Handwörterbuch der Wohlfahrtspflege.
Dünsing, Frieda, Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen. Diss. Zürich, 1909.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Kommentar zum Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 1929.
Eckstein, Die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht, Breslau, 1903 in: Beling: Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 45.

Eisner, Die letzten zivil- und öffentlich-rechtlichen Mittel gegen böswillige Unterhaltspflichte, 3. Aufl. 1932.
Frank, Reinh., Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.
Frank, Hans, Nationalsoz. Handbuch f. Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. München 1935.
Friedeberg-Polligkeit, Kommentar zum Reichsjugendwohlfahrtsgesetz, 2. Aufl. 1931.
Gerland, H., Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 2. Aufl. 1927.
Gerstein, Die Unterhaltspflicht der Verwandten und Ehegatten, Diss. Würzburg 1921.
Glehn, Die Durchführung der Unterhaltsansprüche der unehelichen Kinder. Diss. Marburg, 1922.
Grobleben, Die juristische Natur der korrektionellen Nachhaft im „Gerichtssaal" Bd. 70 (1907), S. 201 ff.
Hess, W., Kinder- und Jugendrecht, Sammlg. reichsrechtl. Bestimmungen, München 1928.
Hippel, Robert v., Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu. 1894.
— Die korrektionelle Nachhaft, 1899, in Bd. I der Abhandlungen des kriminalistischen Seminars zu Marburg, herausgegeben von v. List.
— In „Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts", Besonderer Teil Bd. II Berlin 1906/1909.
v. List-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 27. Aufl. 1932.
Löwe-Rosenberg, Kommentar zur Strafprozeß-Ordnung.
Mezger, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1933.
Maundorf, Die Ernährungspflicht bei Kindern getrennt lebender Ehegatten. Diss. Breslau 1918.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901.
Pilet, Der Rechtsgrund der Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters. Diss. Freiburg, 1900.
Pollack, Vera, Der strafrechtliche Schutz des Kindes nach dem geltenden Strafgesetzbuch, und nach dem Entw. eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 als Heft 67 der Strafrechtl. Abhandl. (herausg. von Prof. Schoetensack).
Poppe, Die Unterhaltspflicht der Ehegatten gegenüber ihren minderjährigen ehelichen Kindern bei rein tatsächlich getrennter Ehe. Diss. Breslau 1920.
Richter, Handbuch der Jugendpflege, Heft 15, 1932/33.
Rotering, Polizeiübertretungen und Polizeiverordnungsrecht, 1888.
Rüdorff-Stenglein, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 1892.
Scheck, Friedr., Die Unterhaltspflicht der Haussöhne; Inanspruchnahme der Eltern des Erzeugers, der bei ihnen ohne Entgelt tätig ist, in: „Jugendwohl" Bd. 21 (1932) S. 133 ff., S. 166 ff.
Schäfer, Leopold, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927.
Schmidt, R., Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895.
Schorn, Strafbare Unterhaltsverletzungen im Lichte der Rechtsprechung in „Jurist. Rdschau", VIII, (1932), S. 241 ff.
Schorn, Die Wirkung des Zivilurteils auf Entscheidungen des Strafrichters in „Jur. Rdsch." VII (1931), S. 25 ff.
Schultz, Anna, Der strafrechtl. Schutz des Kindes, gedr. bei Weber-Pforzheim o. J.
Schwartz, Kommentar z. Strafgesetzbuch, 1914.
Schwarz, Otto, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1933.
Seuffert, Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaften, XV (1895), S. 807 ff.
Starke, A., Das Kind als Schutzobjekt im Strafrecht. Diss. Leipzig 1922.
Staudinger, v., Kommentar zum BGB.
Thomsen, A., Das Deutsche Strafrecht, Allg. Teil, Berlin 1906.

Ullmann, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München 1893.
Webler, Jugendrecht, 1936.
Wegner, A.: Jugendrecht 1929.
Weitpert, Die strafrechtliche Verfolgung Unterhaltssäumiger in „Bl. f. öff. Fürsorge und soz. Versicherung", X. (1925), S. 185 ff.
— Die strafrechtliche Verletzung der Unterhaltspflicht in „Bl. f. öff. Fürsorge", XVII (1932), S. 165 ff.
Weyl, Der Jugendliche im Recht, Berlin 1932.
Wurzer, Im „Gerichtssaal" 89 (1924), S. 106 ff.
Zapf, Kann ein außereheliches Kind, dessen Erzeuger seine Unterhaltspflicht nicht erfüllen kann, weil er im Hauswesen seiner Eltern oder seiner Ehefrau ohne Barlohn beschäftigt ist, sich an den Eltern seines Erzeugers schadlos halten? Diss. Erlangen 1929.

III. Zeitschriften.

Badische Rechtspraxis, Bd. 17 (1915 ff.)
Badische Wohlfahrtsblätter, Bd. 4, (1929).
Bayerische Verwaltungsblätter, 1928.
Blätter f. öffentl. Fürsorge und soz. Versicherung, 1925—1933.
Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Richterzeitung. Bd. 18 ff. (1926 ff.).
Deutsche Strafrechtszeitung. Bd. 2 (1915). Bd. 3 (1916), Bd. 5 (1918).
Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. I, ff. (1880 ff.) bis Bd. 40 (1912).
Frankfurter Rundschau, Bd. 30, 31, 33, 41, 44.
Gerichtssaal, Bd. 70 (1907) und Bd. 89 (1924).
Goltdammers Archiv, Bd. 44 ff. (1896 ff.) (Goltd. Arch.)
Hessische Rechtsprechung, 1913 und 1931.
Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR) auf dem Gebiete des Strafrechts, hrsg. als Sonderbeilage zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. I, (zu Bd. 46), Bd. II, (zu Bd. 47) und Bd. III (zu Bd. 48).
Jahrbuch der Fürsorge, herausg. v. Archiv Deutscher Berufsvormünder, 1906—1913. Bde. 2, 3, 4, 6, 7.
Jahrbuch des Jugendrechts, Bd. 1—7.
Jugendwohl, 21 (1932) und 22 (1933).
Juristische Monatschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern (Pos. Mon. Schr.) Bd. 4 (1901); 14 (1911).
Juristische Wochenschrift, 1924 ff.
Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen, Bd. 25 ff. (1900) bis Bd. 34 (1909). (Els. Lothr. Ztschr.)
Juristische Rundschau, Teil I, Aufsätze, 1925 ff.; Teil II, Rechtsprechung, Bd. 1, 1925 ff.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 47.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ) Bd. 7 ff. (1913) bis Bd. 25 (1931).
Mecklenburgische Zeitschrift, 1927 (43), 1928 (44) und 1930.
Preußisches Verwaltungsblatt, Bd. 18, 19, 22, 26, 29, 32.
Das Recht, Bd. 8 (1904 ff.) bis Bd. 39 (1935).
Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, Bd. II ff. (1882) bis Bd. 44 (1924).
Rheinisches Archiv, Bd. 105, 106, 107.
Rundbrief des Archivs Deutscher Berufsvormünder. (Rdbr. ADB), Jg. 1 (1925/26) ff. bis XII, (1936/37).
Sächs. Archiv für Rechtspflege Bd. 1, (1906 ff.) bis Bd. IX, (1914).
Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 1914.

Schriften des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit.
Seufferts Archiv, Bd. 76 (1921).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 71 (1906) und Bd. 72 (1907).
Soergel, Jahrbuch des Strafrechts und Strafprozeß, 1907 bis 1916 (Bd. 2 bis Bd. 11).
Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg mit Spruchbeilage, Bde. 66, (1924), 67 (1925).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Jg. I, (1905), Jg. VII, (1911), 25 (1929), 27 (1931).
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (ZStW) Bd. 15 (1895) ff. bis Bd. 47 (1927).
Zeitschrift für das Heimatwesen (ZHeimW), Jg. 32 ff. (1927), bis Jg. 37 (1932).
Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Bd. I, (1910 ff.).
Zentralblatt f. freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, hrsg. von Lobe, Bd. 9 (1909).

IV. Entscheidungssammlungen.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. I.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG i. Ziv.)
Entscheidungen des Reichs-Militärgerichts (RMilG), Bd. 17.
Rechtsprechung der OLG in Zivilsachen, (herausg. von Mugdan und Falkmann).
Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts (Bay. OLG) in Strafsachen.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ), Bd. 37.
Annalen des Oberlandesgerichts Dresden Bd. 22, (1901) ff. bis Bd. 34 (1913).
Spruchsammlung der DJZ (4. Spruchsamml. Jg. XI, 1906 bis 34. Spruchsamml. Jg. XIX, 1914).

VORBEMERKUNG.

Verletzung der Unterhaltspflicht. — Wie kommt es zu einer Unterhaltspflicht, und wie kommt es, daß der Staat der Verletzung dieser Pflicht besonderen Schutz gewährt?

Auszugehen ist davon, daß jeder Einzelne die Pflicht hat, sich selbst die Mittel zu seiner Existenz zu verschaffen. Daß andere Mitmenschen die Mittel zu seinem Unterhalt aufbringen müssen, darf nur ein Ausnahmezustand sein. Demgegenüber steht aber das Recht zu leben; zwar nicht in dem Sinne, daß der, der aus eigener Kraft nicht die Möglichkeit und die Mittel hat, sich zu unterhalten, einen Rechtsanspruch gegen die Gemeinschaft hat. Aber aus der Rechtsordnung geht hervor, daß die Gemeinschaft, der Staat, nicht etwa jeden, der sich selbst nicht erhalten kann, verkommen läßt. Tagtäglich und überall zeigt sich, daß es Aufgabe der Gemeinschaft ist, die Schwachen zu schützen und sich notfalls ihrer anzunehmen. Die Rechtsordnung gibt vielmehr diesem einen Anspruch gegen Personenkreise, die ihm nahestehen. Hilfsweise greift dann der Staat auch selbst ein, um zu unterstützen.

Indessen findet man häufig, daß denjenigen, denen die Rechtsordnung die Pflicht auferlegt hat, die ihnen nahestehenden Personen, die selbst außerstande sind, sich zu unterhalten, diese moralische und rechtliche Pflicht eine unangenehme Last ist, der sie sich tunlichst zu entziehen suchen.

Das wiederum hat zur Folge, daß erstens die Unterhaltsberechtigten, die ohnedies in Not sind, dadurch in eine verzweifelte Lage geraten, daß ein ihnen zustehender — nach unserer Anschauung hoher moralischer und rechtlicher — Anspruch nicht verwirklicht werden kann und zweitens, daß daher die Mittel der Gemeinschaft, des Staates, die natürlich für diesen Zweck auch begrenzt sind, in Anspruch genommen werden, die doch nur für die Fälle da sind, in denen der Unterhaltsbedürftige keinen Rechtsanspruch gegen eine einzelne Person hat. Gerade diese zweite Folge kann keine Billigung finden, da auf diese Art und Weise den bedürftigen Volksgenossen, für die diese beschränkten Mittel vorhanden sind, diese Mittel entzogen werden durch Bedürftige, die ihre Bedürfnisse durch Ansprüche gegen Verwandte und nicht durch öffentliche Mittel decken müßten.

Während die erste Folge mehr den allgemeinen Verletzungen einer Rechtspflicht (z. B. Vertragsverletzungen) ähnlich ist, handelt es sich bei der zweiten Folge um die mißbräuchliche Inanspruchnahme öffentlicher Mittel.

Um ein Überhandnehmen dieser unliebsamen Folge zu verhindern, hat man auf allen Gebieten des Rechts Vorkehrungen getroffen, weil die Öffentlichkeit ein großes Interesse an der Erfüllung der Unterhaltspflicht hat. Dieses Interesse gibt der Unterhaltspflicht eine Sonderstellung im System unseres Rechts[1]).

Das wirksamste Mittel des Staates, seine Zwecke zu erreichen, bzw. von ihm nicht gewünschte Folgen zu vermeiden, ist noch immer das Strafrecht. Um diese Wirkung aber nicht abzuschwächen, hat der Strafgesetzgeber nicht jeden Verstoß gegen die Rechtsordnung unter Strafe gestellt, und nicht jede ihm unliebsame Folge bestraft.

Keinem Zweifel konnte es unterliegen, daß das Strafgesetz die oben bezeichnete Folge der mißbräuchlichen Inanspruchnahme fremder Mittel bestrafen muß.

Eine andere Frage aber ist — und das zu klären, soll die Aufgabe dieser Arbeit sein —, ob auch der Unterhaltsanspruch des Bedürftigen gegen einen ihm nahestehenden Verwandten als solcher durch strafrechtliche Vorschriften geschützt ist.

Grundsätzlich ist gegen den, der seine im öffentlichen oder bürgerlichen Recht oder in Verträgen begründete Zahlungs- und sonstigen Leistungsverpflichtungen nicht erfüllt, nur ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung oder Leistung dessen, was zu gewähren ihm obliegt, gegeben. Eine Verletzung einer solchen Pflicht ist im allgemeinen nicht mit Strafe bedroht.

Hier aber handelt es sich um mehr[2]). Hier handelt es sich um die Rücksichtnahme und den Schutz Schwacher und um das Bestreben der Gemeinschaft, für das allgemeine Wohl durch möglichste

---

1) In allen Rechtsgebieten sind an die Verletzung der Unterhaltspflicht nachteilige Folgen für denjenigen geknüpft, der seine Unterhaltspflicht verletzt. Nichterfüllung der Unterhaltspflicht ist z. B. Ehescheidungsgrund im Sinne des § 1568 BGB (RG 16. Nov. 15. in Pos. Ztschr. 18 (1915), S. 62; RG 20. 9. 09 in „Recht" 13 (1909), Nr. 3089) oder ein Grund, dem Vater das Personensorgerecht für das Kind nach § 1666 BGB zu entziehen. (KG 26. Nov. 1908 = KGJ 37 A44 und Bay. ObLG v. 6. Mai 04 in „Recht" 8, (1904), S. 315, Fall 1412), oder nach § 1418 Abs. 1 Ziff. 2 BGB, die Verwaltung und Nutznießung entziehen. (RG 30. Mai 1919 in „Recht" 23. (1919) Nr. 1485).

Im Verwaltungsrecht sind ebenfalls Vorkehrungen dagegen getroffen, um diese unliebsamen Folgen zu verhindern. Als verwaltungsrechtliche Folgen der Verletzung der Unterhaltspflicht kommen vor allem in Betracht:

a) Unterbringung im Arbeitshaus auf Grund der §§ 20 ff. der RVO über Fürsorgepflicht (Urt. d. Braunschw. Verw. Ger. H. v. 8. 12. 26 in ZHeimW 34, 1929, S. 270);

b) Paßsperre, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Paßbewerber den Paß benutzen will, um sich durch Auswanderung seiner gesetzl. Unterhaltspflicht zu entziehen". (§ 11 Abs. III der Bekanntmachung der Ausführung der Paßverordnung v. 7. Juni 1932 — RGBl. I S. 257, früher § 11 Abs. II der Bekanntmachung v. 4. 6. 24 — RGBl. S. 613 ff. —

2) Der Unterhaltsanspruch nimmt auch sonst im Recht eine besondere Stellung ein. Vgl. z. B. §§ 394, 400, 1069, 1274 BGB, Bestimmungen, die zu seinem Schutze getroffen sind, ebenso §§ 850, Abs. 3, 850 b, Abs. 2 und 850 g ZPO in der Fassung des Gesetzes v. 24. Okt. 34. — RGBl. I, S. 1070, — und VO über Lohnpfändung v. 25. Juni 1919 — RGBl. S. 589. —

Verhütung oder Behebung von Armut und Bettelei. Beim Hinzutreten besonderer Umstände, die ein gewisses Maß unverantwortlicher Nachlässigkeit zeigen, kann jemand bestraft werden, der seine obersten Pflichten gegen seine nächsten Angehörigen außer Acht läßt. Dazu kommt, daß die Familie als Keimzelle des Staates eines besonderen Schutzes bedarf, den ihr das Strafrecht auch sonst angedeihen läßt.

Seine Rechtfertigung würde dieser besondere Schutz des Unterhaltsanspruchs auch in folgendem finden: Nach § 1602 Abs. 1 BGB ist unterhaltsberechtigt nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Diese Hilfsbedürftigkeit trifft aber zum großen Teil auf die junge Generation zu; die Jugend ist nicht in der Lage, sich selbst zu unterhalten. Der Staat aber muß ein Interesse an dem Wohl und Wehe seines Nachwuchses haben.

Aber auch die Weiterausdehnung dieses Schutzes auf Ansprüche anderer Unterhaltsberechtigter läßt sich rechtfertigen; beweist doch heute gerade der Staat wieder, daß er es als eine ideale Aufgabe betrachtet, die Schwachen unter seinen Mitgliedern zu schützen. Dieser Schutz all derer, die selbst nicht in der Lage sind, sich zu unterhalten, entspricht aber auch einem praktischen Bedürfnis. Es erscheint besser, hier vorsorgend zu wirken als die Allgemeinheit von Bettlern und Landstreichern heimsuchen zu lassen.

Daher muß der Staat gegen die vorgehen, die durch Verletzung ihrer Pflicht, ihrer Unterhaltspflicht, erst die Voraussetzung schaffen zu der Not, und damit wieder dem Betteln, der Landstreicherei und ähnlichen Lastern Vorschub leisten.

Das Reichsstrafgesetzbuch hat im § 361 Abs. 1 Ziff. 5 und 10 Bestimmungen getroffen, die für den Schutz des Unterhaltsanspruchs in Betracht kommen. Ob diese Vorschriften diese beiden an sich verschiedenen Zwecke zu erfüllen geeignet sind, oder diese Aufgabe überhaupt haben, kann erst erörtert werden, wenn festgestellt ist, in welchen Fällen und unter welcher Voraussetzung diese Tatbestände Platz greifen.

I. TEIL.

ÜBERBLICK ÜBER DIE STRAFRECHTLICHEN BESTIMMUNGEN ZUM SCHUTZE DES UNTERHALTSANSPRUCHES IN DEN EINZELSTAATEN.

Ehe jedoch darauf eingegangen wird, soll vorher noch gezeigt werden, welche strafrechtlichen Vorschriften die einzelnen Bundesstaaten vor 1870 zum Schutze des Unterhaltsanspruches erlassen hatten, und wie diese sich auswirkten.

I. Im preußischen Strafgesetzbuch[1]) befindet sich im § 119 Ziff. 1 eine Bestimmung, derzufolge „derjenige, der sich dem Spiel,

1) Vom 14. April 1851 — GS S. 101.

Trunk oder Müßiggang dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand versinkt, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalt derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß, mit Gefängnis von einer Woche bis zu drei Monaten bestraft" wird. Nach § 120 a.a.O. muß in diesen Fällen ferner das Gericht erkennen, daß „der Ausländer aus dem Lande zu weisen und der Inländer in ein Arbeitshaus zu bringen sei. Die Dauer der Einsperrung in einem Arbeitshaus (Abs. 2) ist von der Landespolizeibehörde zu bemessen und darf drei Jahre nicht übersteigen".

Die Unterbringung im Arbeitshaus ist also gesetzliche Folge der Hauptstrafe; lediglich die Dauer kann die Verwaltungsbehörde bestimmen.

In das Pr. StGB ist diese Bestimmung übernommen worden aus dem Preußischen Gesetz über die Bestrafung der Landstreicher, Bettler und Arbeitsscheuen[2]), dessen § 6 Ziff. 1 bis auf eine unwesentliche Abweichung[3]) mit § 119 Ziff. 1 Pr. StGB übereinstimmt. Die Strafe war nach dem Gesetz von 1843 Gefängnis bis zu 6 Wochen (§§ 2 und 6 Abs. 1 a.a.O.). § 6 Abs. 2 gestattete allerdings — was weder das Pr. StGB noch unser heutiges Recht zuläßt —, daß im Rückfall auf Gefängnis nicht unter 6 Wochen oder Strafarbeit bis zu 6 Monaten erkannt werden mußte. Nach ausgestandener Strafe waren Ausländer aus dem Lande zu verweisen, Inländer in eine Korrektionsanstalt zu bringen (§ 8 des Pr. Ges. v. 6. Jan. 1843).

Durch Gesetz betr. die Änderung des StGB[4]) wurde § 120 dahingehend geändert, daß der nach § 119 Verurteilte nach ausgestandener Strafe nach dem Ermessen der Landespolizeibehörde in ein Arbeitshaus gebracht werden kann. Ebenso setzte die Landespolizeibehörde die Dauer der Unterbringung fest.

Dieser Zustand herrschte bis zum Inkrafttreten des RStGB, nach dem die Zulässigkeit der Unterbringung im Arbeitshaus wieder, wie im StGB von 1851, von der Zulässigkeitserklärung des Gerichts abhängig gemacht ist.

II. Auch das Württembergische Strafgesetzbuch[5]) enthält eine ähnliche Bestimmung. Artikel 24 lautet: „Wer sich dem Spiele, Trunke oder Müßiggange hingibt, und infolgedessen zum Nachteile von Personen, deren Erhaltung ihm obliegt, oder von denen er zu erhalten wäre, oder zur Gefährdung der Gemeinde- und sonstigen öffentlichen Unterstützungskassen sein Vermögen oder das Vermögen seiner Ehefrau oder Kinder vergeudet, oder die ihm zu Gebote stehenden Erwerbsquellen unbenutzt läßt, soll, wenn eine amt-

2) Vom 6. 1. 1843 — GS S. 19.

3) Durch Vermittlung der „Obrigkeit" in § 6, Ziff. 1 des Ges. v. 6. 1. 1843, und durch Vermittlung der „Behörde" i. § 119 Ziff. 1 des Pr. StGB vom 14. 4. 1851.

4) v. 14. 4. 1856 — GS S. 210.

5) Württ. Pol. StGB v. 2. Okt. 1839 (Reg. Bl. Nr. 53, S. 611 ff.)

liche Warnung fruchtlos gewesen, mit Arrest bis zu drei Tagen bestraft, und diese Strafe bei Rückfällen geschärft, jedoch nicht über vier Wochen erstreckt werden".

Artikel 25: „Gegen die in Art. 24 bezeichneten Übertreter aus dem Inlande kann, wenn aus der Rückfälligkeit an und für sich oder in Verbindung mit sonstigen Tatsachen ein tief eingewurzelter Hang derselben zu den bemerkten Übertretungen sich ergibt und keine anderen anwendbaren Mittel, durch welche diesem Hange mit Erfolg vorzubeugen gehofft werden kann, vorliegen, unabhängig von der bewirkten Strafe, die Begrenzung auf eine Gemeinde oder Ortsbezirk (Konfination) auf eine bestimmte, nicht über drei Jahre zu bemessende Zeit polizeilich erkannt werden (Art. 6)."

Artikel 26: „Der arbeitsfähige Konfinierte kann in eine öffentliche, von Staatswegen zu errichtende Beschäftigungsanstalt (Art. 91) eingesprochen werden, wenn es außer derselben an den Mitteln gebricht, ihm einen zu seinem Fortkommen hinreichenden geordneten Arbeitsverdienst zu verschaffen, oder wenn er es an der geregelten Benutzung der Gelegenheit zu solchem Arbeitsverdienst auf nicht entschuldigte Weise mangeln läßt, namentlich wenn er in das Vergehen der Landstreicherei, Bettelei oder Asotie zurückgefallen ist."

Artikel 27: „Die Versetzung in die Beschäftigungsanstalt wird nicht als Strafe, sondern als polizeiliches Sicherungsmittel verfügt."

Das Gesetz betr. Abänderungen und Ergänzungen des Polizeistrafgesetzbuches[6]) bringt in in Art. 4—6 zwar eine Ergänzung zu Art. 24 PolStGB, die aber für den Schutz des Unterhaltsanspruchs nicht von Bedeutung ist.

Auf diese Gesetzesbestimmung geht der § 119 PrStG und somit § 361 Ziff. 5 RStGB zurück. Wir werden bei der Besprechung der rechtlichen Natur der Unterbringung ins Arbeitshaus[7]) noch darauf zu sprechen kommen.

Das Württembergische Polizei-Strafgesetzbuch vom 2. Oktober 1839 trat nach Art. 50 Abs. 2 des Württemb. PolStG vom 27. Dez. 1871 außer Kraft.

III. Auch im Bayerischen Polizeistrafgesetzbuch[8]) war eine Bestimmung enthalten, die den Unterhaltsanspruch unter strafrechtlichen Schutz stellte. Art. 81 lautete: „Wer ihm angehörige oder anvertraute Kinder ... oder andere hilflose Personen in bezug auf Schutz, Aufsicht, Verpflegung oder ärztlichen Beistand verwahrlost, wird an Geld bis zu 30 Talern oder mit Haft bis zu vier Wochen bestraft".

IV. Ebenso schützte das Hessische Polizeistrafgesetzbuch[9]) den Unterhaltsanspruch durch eine strafrechtliche Vorschrift. Ar-

6) v. 2. Mai 1852, Reg. Bl. S. 97 ff.
7) III. Teil, 1. Abschnitt, 3. Kapitel, dieser Arbeit.
8) vom 26. Dez. 1871.
9) v. 30. Okt. 1855 (Reg. Bl. S. 449 ff.)

tikel 101 lautete: „Arbeitsscheue Personen, welche die ihnen zu Gebote stehenden Erwerbsquellen unbenutzt lassen, und die Unterstützung der Gemeinde- oder Lokalarmenfonds für sich oder ihre Familie in Anspruch nehmen, können, wenn wiederholte Warnungen fruchtlos geblieben sind, mit Gefängnis bis zu drei Tagen bestraft werden."

V. § 5 der Armenordnung für das Königreich Sachsen[10]) bestimmt: „Die Verpflichtung der Verwandten in auf- und absteigender Linie, sowie der Ehegatten zu gegenseitiger Ernährung und Unterstützung ist nach den bestehenden Zivilgesetzen zu beurteilen. Wenn Seitenverwandte und verschwägerte Personen nicht vermöge eines besonderen Rechtstitels für ihre verarmten Angehörigen zu sorgen verbunden sind,s o können sie doch von den Armenbehörden zur Erfüllung der ihnen obliegenden moralischen Verpflichtung auf eine angemessene Weise aufgefordert werden."

Hier kann ein säumiger Unterhaltspflichtiger zwar aufgefordert werden, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, aber eine strafrechtliche Wirkung ist daran nicht geknüpft.

§ 26 stellt den unter Polizeiaufsicht, der durch Verschwendung, Trunk und Müßiggang in die Gefahr kommt, zu verarmen und der öffentlichen Unterstützung anheimzufallen. Eine Ausdehnung auf unseren Fall, daß der gleich zu behandeln sei, der andere nicht unterhalten könne oder wolle, ist aber nicht möglich.

VI. § 2 im Verbindung mit § 1 des Badischen Gesetzes vom 30. Juli 1840[11]) bestimmt: „Inländer, welche nach ihren Körperkräften das zu ihrem Lebensunterhalt Nötige zu erwerben imstande wären, aber wegen Müßiggangs nicht erwerben oder wegen unordentlichen Betragens zum Erwerb keine Gelegenheit finden, und der Gemeinde und öffentlichen Kassen zur Last fallen, können, wenn sie keinen ihren Unterhalt sichernden Erwerb nachzuweisen vermögen, zur Verpflegung und Beschäftigung in die polizeiliche Verwahrungsanstalt gebracht werden."

Man sieht auch hier dasselbe wie bei Sachsen. Wer andere der öffentlichen Armenpflege anheimfallen läßt, wird nicht belangt. Nur wenn er sich selbst so weit vernachlässigt, daß er öffentliche Armenmittel in Anspruch nehmen muß, gerät er mit dem Gesetz in Konflikt. Der Unterhaltsanspruch wird in diesen Ländern nicht geschützt. Daß diese Maßnahme keine Strafe ist, wird in § 16, Abs. 1 a.a.O. ausdrücklich hervorgehoben.

Wohl aber enthielt das Bad.PolStG[12]) in § 98 eine Bestimmung, durch die der Unterhaltsanspruch strafrechtlich geschützt war. § 98 lautet: „Wer ihm angehörige oder anvertraute Kinder oder andere hilflose Personen in einer öffentliches Ärgernis erregenden Weise ...

10) v. 22. Okt. 1840 (Ges. u. VO-Bl. 1840, S. 257).
11) Bad. Staats- und Reg. Bl. 1840, S. 219 ff.
12) v. 31. Okt. 1863, Bd. Reg. Bl. 1863, S. 439.

in Beziehung auf Aufsicht, Schutz, Verpflegung oder ärztlichen Beistand verwahrlost, wird an Geld bis 50 Gulden oder mit Gefängnis bis zu 14 Tagen bestraft."

Nach der amtlichen Zusammenstellung der in Geltung bleibenden Bestimmungen des Bad. PolStGB vom 27. Dez. 1871 blieb § 98 auch nach Einführung des RStGB in Kraft.

VII. In einer Bekanntmachung des Senats der Stadt Lübeck[13]) lautet § 10: „Das Werkhaus zu St. Annen ist als Polizeianstalt für solche Lübecker Staatsangehörige bestimmt, welche infolge eigener Verschuldung oder auf eigenes Ansuchen demselben von den Polizeibehörden überwiesen werden. Namentlich gehören in dasselbe:

a) diejenigen arbeitsfähigen Personen, welche durch eine lasterhafte und unregelmäßige Lebensart dahin gebracht sind, daß sie einstweilen aus der bürgerlichen Gesellschaft entfernt und ihrer Freiheit beraubt werden müssen, damit sie durch heilsame Zucht und Aufsicht sowie durch Anhaltung zu angemessener Beschäftigung von ihren Lastern geheilt und zur Arbeitsamkeit zurückgeführt werden (Vagabunden, Bettler, Trunkenbolde ... sowie überhaupt Personen, welche wegen Faulheit und Müßiggang nicht gehörig für ihren oder der Ihrigen Unterhalt sorgen);

b) diejenigen arbeitsunfähigen Personen, welche, wenn sie noch arbeitsfähig wären, unter die Kategorie a) fallen würden und zur Verhütung von öffentlichem Ärgernis oder Belästigung des Publikums nicht ohne Zucht und Aufsicht gelassen werden dürfen."

Von einer strafbaren Verletzung der Unterhaltspflicht ist auch hier keine Rede.

Man sieht, nur wenige Einzelstaaten schützen den Unterhaltsanspruch durch strafrechtliche Vorschriften. Lediglich Preußen, Bayern, Württemberg, Hessen und Baden haben solche erlassen.

II. TEIL.

DURCH WELCHE STRAFRECHTLICHEN VORSCHRIFTEN WIRD DIE ERFULLUNG DER UNTERHALTSPFLICHT IM GELTENDEN RECHT GEWÄHRLEISTET?

Im II. Teil der Arbeit wollen wir uns mit den im geltenden Recht vorhandenen strafrechtlichen Bestimmungen befassen, die dem Schutze des Unterhaltsanspruchs dienen.

13) Bekanntmachung vom 20. Juli 1863 (Nr. 55), das Regulativ für die Verwaltung des Werkhauses und des Zuchthauses zu St. Annen betreffend, — Lübeckische Verordnungen und Bekanntmachungen Bd. I (1810 bis 1885), S. 41.

Unser Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 enthält in § 361 Abs. 1 Ziff. 5 u. 10 zwei Strafbestimmungen, die, was Entstehungsgeschichte, Zweck und Tatbestandsmerkmale anlangen, eng zusammengehören. Sie sollen im II. Teil besprochen werden.

1. Abschnitt: §§ 361 Abs. I Ziffer 5, 362 StGB.

Im 1. Abschnitt wollen wir uns zunächst mit § 361 Abs. 1 Ziffer 5 beschäftigen und klären, in welchen Fällen der Nichterfüllung der Unterhaltspflicht der Unterhaltspflichtige sich nach dieser Bestimmung strafbar macht.

1. Kapitel:

Entstehungsgeschichte.

Im 1. Kapitel soll zunächst die für die Auslegung der Gesetzesbestimmung so wichtige Entstehungsgeschichte dargestellt werden. Anstatt bei jedem einzelnen Tatbestandsmerkmal, jeder einzelnen Frage, die diesbezügliche Entstehungsgeschichte darzustellen und aus ihr den Willen des Gesetzgebers zu erforschen, empfiehlt es sich, diese in ihrer Gesamtheit zu betrachten.

Da aber die Ziffern 5 und 10 im wesentlichen dieselben Tatbestandsmerkmale haben, so soll die Entstehungsgeschichte der Bestimmung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10, die für die spätere Auslegung auch der Ziffer 5 von Bedeutung ist, hier mit behandelt werden, obwohl sie systematisch in den II. Abschnitt gehört. Jedoch wurde bei Schaffung der Ziffer 10 auf § 361 Ziff. 5 und dessen Tatbestandsmerkmale Bezug genommen, so daß es der Zweckmäßigkeit entspricht, die Entstehungsgeschichte hier mit darzustellen.

Die Ziffer 5 ist wörtlich dem § 119 PrStG vom 14. April 1851 entnommen[1]). Diese Gesetzesbestimmung wurde wie folgt in das RStGB übernommen:

Im Juli 1869 wurde ein Entwurf bearbeitet von Friedberg[2]) vom Bundesrat veröffentlicht[3]). Dieser enthielt unsere Strafbestim-

1) Mit der unwesentlichen Änderung der Worte: „in einen Zustand versinkt" (Pr. StGB vom 14. 4. 1851) in „in einen Zustand gerät" (RStGB § 361, Abs. 1 Ziff. 5).

2) A. Thomsen: Das Deutsche Strafrecht, Allg. Teil, Berlin 1906, § 1, E, S. 21.

3) Entw. eines StGB für den Norddeutschen Bund, Berlin im Juli 1869.

4) § 350 Abs. 2—4 lauteten:

2. Auf die in Gemäßheit dieses Paragraphen Verurteilten findet die Vorschrift des § 339 — die Haft besteht in einfacher Freiheitsentziehung; die Dauer derselben beträgt mindestens einen Tag und höchstens 6 Wochen — insofern keine Anwendung, als dieselben in der Haft auf angemessene Weise beschäftigt oder zu Arbeiten außerhalb des Hauses angehalten werden können.

3. Es kann ferner erkannt werden, daß der Verurteilte nach verbüßter Haft der Landespolizeibehörde zur Unterbringung in ein

mung im § 350 Ziff. 3. Strafe: Haft bis 6 Wochen. Ebenso enthielt der Entwurf in § 350 Abs. 2—4 Bestimmungen [4]), die denen des § 362 Abs. 2—4 bzw. der §§ 42 d Abs. 1, 42 i RStGB entsprechen.

Dieser Entwurf wurde einer hierzu bestellten Kommission übergeben, die ihn „revidierte" [5]). In diesem findet sich unsere Strafbestimmung unter den Übertretungen als § 357 Ziff. 5 in demselben Wortlaut [6]). Die Strafe ist Haft. Auch hier findet sich in § 358 eine dem § 350 des nicht revidierten Entwurfs eine entsprechende Bestimmung.

Diesen Entwurf legte das Präsidium des Norddeutschen Bundes am 14. Februar 1870 dem Reichstag vor [7]). Dieser beschäftigte [8]) sich mit dem Entwurf und überwies den hier interessierenden Teil des Gesetzentwurfs, die Abschnitte VIII ff. einer Kommission [9]).

Die Kommission erstattete dem RT Bericht [10]). Abänderungsanträge für diesen Paragraphen wurden in der zweiten Beratung nicht gestellt [11]), jedoch erhielt er im Aufbau im Gegensatz zur Vorlage des Bundespräsidiums [12]) die Nummer 354. Außerdem beschloß der RT in zweiter Beratung — im Gegensatz zu dem Entwurf des Bundespräsidiums („rev. Entw.") — im § 358 der Vorlage — § 354 nach der Abänderung durch den RT — die Worte in Absatz 2 „bis zu drei Jahren in ein Arbeitshaus" zu ändern in „bis zu zwei Jahren". Beantragt war sogar die „drei Jahre" zu ersetzen durch „6 Monate" [13]). Der Abänderungsantrag soll hier nur insoweit erörtert werden, als er zur Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung gehört. Über die Unterbringung in ein Arbeitshaus werden wir, da es geltendes Recht geworden ist, später noch zu sprechen haben.

Der Antrag auf Herabsetzung war gestellt, weil man meinte, eine längere Unterbringung als drei Monate, im Rückfall 6 Monate, würde doch nie praktisch werden. Inwiefern eine Einsperrung in

---

Arbeitshaus zu überweisen sei. Diese erhält dadurch die Befugnis, den Verurteilten bis zu drei Jahren in einem Arbeitshause unterzubringen.

4. Anstelle des Einsperrens in ein Arbeitshaus kann von der Landespolizeibehörde angeordnet werden, daß der Verurteilte zu gemeinnützigen Arbeiten verwendet werde.

5) Daher der Name „revidierter" Entwurf.

6) Bis auf die unbedeutende Änderung der Worte „in einen Zustand gerät" (rev. Entw.) in „in einen Zustand versinkt" (Pr. StGB und nicht rev. Entw. Juli 1869).

7) Sten. Ber. über die Verhandlungen des RT des Norddt. Bundes, I. Leg. Per. Sess. 1870 III. Bd. Anl, (Nr. 1—72), Akt. St. Nr. 5, S. 2 ff., S. 24.

8) Sten. Ber. a.a.O. Bd. I, S. 41 ff (Erste Beratung des Entwurfs in der 8. Sitzung am 22. Febr. 1870).

9) a.a.O. Anm. 8, S. 54/55.

10) 38. Sitzung am 4. April 1870, Verhdlg. Bd. 2 S. 754 ff.

11) Vgl. Anm. 10. S. 762 a.a.O., vgl. auch Sten. Ber. a.a.O., 4. Bd. (Anlagen Nr. 73—216), Akt. St. Nr. 132, S. 451 ff., S. 501.

12) § 357, vgl. Anm. 7

13) Antr. d. Abg. Dr. Meyer, S. 762/763 in Bd. II (38. Sitzung am 4. April 1870).

das Arbeitshaus von drei Jahren besser den beabsichtigten Zweck erreicht als eine von zwei Jahren, oder gar von 6 Monaten, wird ebenfalls später erörtert werden.

Bis auf diesen Antrag wurde die Strafbestimmung ohne jede Debatte im Wortlaut der Vorlage des Bundespräsidiums des Norddeutschen Bundes[14]) angenommen[15]).

Ebenso wurde in der dritten Beratung[16]) unsere Gesetzesbestimmung ohne Debatte und ohne Abänderungsvorschläge[17]) angenommen.

Diesen Entwurf nahm der Bundesrat am 25. Mai 1870 an.

Das StGB für den Norddeutschen Bund wurde am 31. Mai 1870[18]) bekanntgemacht und trat am 1. Januar 1871[19]) in Kraft. Durch Gesetz vom 15. Mai 1871[20]) wurde das StGB für den Norddeutschen Bund als StGB für das Deutsche Reich in demselben Wortlaut[21]) mit Wirkung vom 1. Jan. 1872 eingeführt.

Erst in allerneuester Zeit hat sich im Zusammenhang mit § 361 Abs. 1 Ziff. 5 eine Gesetzesänderung als wichtig erwiesen, die der Vollständigkeit halber in der Entstehungsgeschichte der geltenden Gesetzesbestimmung nicht unerwähnt bleiben soll. § 361 Abs. 1 Ziff. 5 besteht zwar nach wie vor in der alten Fassung, indessen ist § 362 ersetzt worden durch §§ 42 d und 42 f[22]).

Es hatte sich in der Praxis gezeigt, daß der Tatbestand des § 361 Abs. 1, Ziff. 5 so eng umgrenzt ist, daß er viele — und wie sich zeigen wird, vom strafrechtlichen Standpunkt oft die schlimmsten — Fälle nicht mit umfaßt. § 361 Abs. 1 Ziff. 5 schützt nur in den Fällen, in denen der Unterhalt nicht gewährt wird, weil der Verpflichtete durch Spiel, Trunk oder Müßiggang nicht in der Lage ist, sich oder andere Berechtigte zu unterhalten. Straflos blieben jedoch die Fälle, in denen der Unterhalt nicht gewährt wird aus Böswilligkeit, obgleich die Mittel dazu vorhanden sind oder vorhanden sein könnten. Gerade vom strafrechtlichen Standpunkt ist

---

14) Rev. Entw., dem RT vorgelegt, am 14. 2. 1870.

15) a.a.O. Bd. 2, S. 762, 764 Sp. 2.

16) a.a.O. Bd. II, S. 1156 ff., S. 1176 (53. Sitzung vom 24. Mai 1870).

17) Scheinbar ist es lediglich einem Zufall zu verdanken, daß bei der dritten Beratung (vgl. Anm. 16) auch der § 354 ohne Abänderungsantrag und ohne Debatte angenommen wurde. Abgeordn. Dr. Friedenthal wollte zu dieser Neufassung des § 355 noch sprechen, meldete sich aber zu spät zum Wort. — S. 1176 — und konnte gegen die neue Fassung des Paragraphen „keine Erinnerung mehr erheben". Daher blieb es bei der Höchstdauer von zwei Jahren.

18) Bundesgesetzblatt 1870, S. 197 ff.

19) E. G. z. StGB vom 31. Mai 1870, § 1.

20) Ges., betr. die Redaktion des StGB f. den Norddeutschen Bund als StGB für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 (Bundesges. Bl. S. 127).

21) Vgl. Anm. 20, S. 198.

22) Durch Reichsgesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. Nov. 1933 (RGBl. I, S. 995).

die Tat des letzteren, des Böswilligen, schwerer zu erachten als die Unterlassung desjenigen, der durch Veranlagung nicht in der Lage ist, die Berechtigten zu unterhalten.

Bald machte sich deshalb das Bedürfnis bemerkbar, diese Fälle ebenfalls zu bestrafen, zum Mindesten jedoch die öffentlichen Armenmittel gegen solche mißbräuchliche Inanspruchnahme zu schützen. Während aus der Praxis der Armenbehörden [23]) vorgeschlagen wurde, durch ein Verwaltungszwangsverfahren die Unterhaltskosten „ohne vorgängige gerichtliche Prozedur" beizutreiben, entschloß man sich schließlich nach mehr als 20 Jahren der Geltung des RStGB durch eine Strafvorschrift diesem Übelstande abzuhelfen.

Der erste Entwurf dazu wurde vom Reichskanzler dem RT am 28. Februar 1893 [24]) vorgelegt, der die Strafbestimmung als Artikel 2 des Entwurfs eines Gesetzes betr. die Änderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des Strafgesetzbuches in derselben Fassung enthielt, in der sie heute Gesetz ist. Allerdings war sie nicht als Ziffer 10, sondern als Ziffer 5 a eingefügt, um „die Anwendung des § 362 ohne besonderen Hinweis zus ichern" [25]).

Die Möglichkeit, die früher [26]) Preußen hatte, wurde ausdrücklich abgelehnt, da man „dem Richter die Entscheidung über das schuldhafte Verhalten der betreffenden Person in die Hand legen" wollte [27]).

Dieser Gesetzentwurf wurde am 16. März 1893 in RT erstmalig beraten [28]), schließlich aber einer Kommission überwiesen [29]). Diese bearbeitete den Entwurf [30]), konnte aber im RT nicht darüber berichten, weil eine zweite Beratung im RT nicht stattfand .

Erst am 21. November 1893 legte der Reichskanzler dem RT denselben Entwurf vor mit derselben Begründung [31]). Die Verhandlungen vor dem RT [32]) endeten mit der erneuten Überweisung an die siebente Kommission [32]). Diese erstattete Bericht [33]), der die

---

23) Schriften des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit, Bd. 16 (1892) S. 207, S. 223.

24) Entwurf eines Gesetzes betr. die Änderung des UWG und die Ergänzung des RStGB vom 28. Febr. 1893; Sten. Ber. über die Verhandlungen des RT, 8. Leg. Per. II. Sess. 1892/93, 2. Anl. Bd. Akt. St. Nr. 130, S. 751 ff. mit Begrdg.

25) Vgl. Anm. 24, S. 754 a. E.

26) Artikel 11 bis 14, Preuß. StGB vom 21. Mai 1855, Ges. Slg. S. 311, wonach die Verwaltungsbehörde das Recht hatte, pflichtvergessene Ehegatten und Familienväter unter gewissen Voraussetzungen in einem Arbeitshaus unterzubringen.

27) a.a.O. vgl. Anm. 24, S. 754 a. E.

28) 68. und 69. Sitzung Verh. a.a.O. Bd. III, S. 1677—1715.

29) S. 1715, Sp. 1.

30) Anm. 24 Akt. St. 227, S. 1179 ff., 1188.

31) I. Anl. Bd., Akt. St. 57, S. 466 ff., S. 470.

32) 12. Sitzung am 4. Dez. 1893, S. 251 ff., 262.

33) Akt. St. Nr. 117, S. 727 ff., S. 738.

alte Fassung beibehielt. In der Verhandlung vor dem RT wurde in zweiter Beratung der Art. 2 angenommen [34]).

Am 1. Februar 1894 hat die dritte Beratung des Entwurfs im RT stattgefunden. Hier wurden noch zwei Abänderungsanträge gestellt [35]):

1) Die neue Gesetzesvorschrift soll nicht als Ziffer 5 a, sondern als Ziffer 10 hinter der Ziffer 9 angefügt werden, und im letzten Absatz des § 361 soll hinter Ziffer 9 gesetzt werden „und 10" [36]).

Dieser Antrag — er wurde später angenommen und wurde auch Gesetz — hatte folgende Rechtswirkungen:

Statt der Haft kann auf Geldstrafe erkannt werden und die nach dieser neuen Strafvorschrift Verurteilten können nicht ins Arbeitshaus gebracht werden [37]).

Der Antrag ist ausführlich begründet [38]) und später auch Gesetz geworden [39]).

Da dieser Antrag geltendes Recht geworden ist, so soll er und seine Auswirkungen später bei den einzelnen Abschnitten besprochen werden.

2) Ferner stellten die Abgeordneten Gröber und Spahn einen Abänderungsantrag [40]). Er besagte:

In der neuen Gesetzesvorschrift sollen die Worte:

„in der Lage" durch „imstande",
„entzieht" durch „vorsätzlich entzieht",
„Ernährung" durch „Unterhalt"

ersetzt werden, und
die Unterhaltspflicht solle auf Ehegatten, Eltern und Kinder beschränkt werden.

Dieser Antrag wurde aber abgelehnt [41]). Soweit aber für die Auslegung der geltenden Gesetzesbestimmung rechtlich Bedeutsames in diesem Antrag enthalten ist, soll es hier besprochen werden.

Ob jemand „in der Lage" ist, oder „imstande" ist, ist rechtlich kein Unterschied. Spahn [42]) meint zwar, „in der Lage sein" stelle es mehr auf die wirtschaftliche Lage, „imstande sein" hingegen mehr auf seine Persönlichkeit ab, inwieweit er die Unterhaltsmittel beschaffen kann. Gegen diese Unterscheidung wandte sich auch der

---

34) a.a.O. Bd. II, S. 898 ff., S. 900 (36. Sitzung am 26. Jan. 1894).
35) 40. Sitzung a.a.O., S. 977 ff., S. 984.
36) Antrag Molkenbuhr u. Gen. Anl. Bd. II, Akt. St. 146, S. 869).
37) Gegenschluß aus § 362 Abs. 1: „die nach § 361, Nr. 3—8 Verurteilten". (So auch Seuffert ZStW Bd. 15, (1895) S. 808).
38) a.a.O. S. 987 ff., 40. Sitzung am 1. 2. 1894.
39) S. 1102, 44. Sitzg., 8. 2. 1894.
40) Akt. St. Nr. 147, S. 869 begr. S. 984 ff. im 2. Bd. d. Verhandl. (40. Stzg. 1. 2. 1894).
41) a.a.O. S. 1102, Sp. 1.
42) a.a.O. S. 984.

Abgeordnete Dr. Pieschel[43]) und dieser Abänderungsantrag ist abgelehnt worden.

Weiter beantragte der Abgeordnete Spahn, den Gesetzestext statt „entzieht" in „vorsätzlich entzieht" zu ändern. Er meint, entziehen habe die Bedeutung, sich von einem Ort entfernen. Außerdem heiße entziehen jemanden in hilfloser Lage zurücklassen, und das könne auch fahrlässig begangen werden. Es solle aber nur das vorsätzliche sich entziehen bestraft werden, und deshalb wolle er „vorsätzlich" einfügen. Inwieweit das richtig ist, ist später[44]) zu klären.

Dieser Teil des Antrages wurde ebenfalls mit abgelehnt. Daraus ist aber nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber auf das Erfordernis des Vorsatzes keinen Wert legte und auch das fahrlässige „sich entziehen" — sofern ein solches überhaupt denkbar ist — unter Strafe stellen wollte.

Mit Recht weist vielmehr von Boetticher[45]) darauf hin, daß sich das Erfordernis des Vorsatzes bereits aus dem Wortlaut ergeben würde: „Wer sich entzieht".

Juristisch sehr bedeutsam ist — auch für die spätere Praxis, vor allem für die Rechtsprechung — der Unterschied zwischen „Ernährung" und „Unterhalt". Der Antrag, das Wort „Ernährung" durch „Unterhalt" zu ersetzen[46]), ist — leider — ebenfalls nicht angenommen worden, so daß wir ihn noch heute im geltenden Recht haben. Die rechtliche Bedeutung wird nachher beim geltenden Recht dargestellt werden.

Weiter beantragte der Abgeordnete Spahn[47]) die Verletzung der Unterhaltspflicht nur dann mit Strafe zu belegen, wenn sie den Eltern, Ehegatten und Kindern gegenüber vernachlässigt war. Dagegen wandte sich mit Recht von Boetticher[48]); im Jahre 1894 war die Unterhaltspflicht für Deutschland noch nicht einheitlich geregelt. Während Preußen die Unterhaltspflicht auch unter Geschwistern[49]) nach seinem Landesrecht kannte, gingen andere Länder in der Ausdehnung der Unterhaltspflichtigen weniger weit. Jetzt bei der Ergänzung des Strafgesetzbuches für das ganze Reich den Umfang und eine Begrenzung der Unterhaltspflicht festzusetzen, war nicht Aufgabe dieser Gesetzesänderung. Der Umfang der Unterhaltspflicht bestimmte sich damals nach Landesrecht, heute nach BGB. In der Beratung[50]) wurde Wert darauf gelegt, die Basis möglichst zu erweitern, und auch die weitergehenden Unterhaltspflichten einzelner Länder unter diese Bestimmung fallen zu lassen. Alle Unterhaltspflichtigen sollten miteinbegriffen sein. Eine Be-

43) a.a.O., S. 989.
44) Bei Darstellung der Schuldfrage des § 361, Abs. 1 Ziff. 10 RStGB.
45) S. 988 a.a.O.
46) S. 984, Sp. 2 a. E. a.a.O.
47) S. 985.
48) S. 988.
49) PrALR, §§ 15—16, II, 3.
50) S. 989 (Dr. Pieschel).

schränkung wurde ausdrücklich abgelehnt. Wo Geschwister, Großeltern, uneheliche Kinder usw. unterhaltsberechtigt sind, soll die Verletzung der Unterhaltspflicht ihnen gegenüber auch mit unter diese Bestimmung fallen. Man war sich darüber klar, daß z. B. ein Bruder, der seine Schwester nicht unterhält, beim Vorliegen der anderen Tatbestandserfordernisse des § 361 in Preußen nach § 361 bestraft wurde, in Bayern dagegen nicht. Aber man lehnte es ab, irgend eine Unterhaltspflicht von dieser Bestimmung auszunehmen.

Am 8. Februar 1894[51]) wurde also Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des UWG und zur Ergänzung des StGB angenommen, wonach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 so lautet:

„Mit Haft wird bestraft: wer, obschon er in der Lage ist, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich der Unterhaltspflicht trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde derart entzieht, daß durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspuch genommen werden muß."

§ 361 Abs. 2 lautet: „In den Fällen der Nr. 9 und 10 kann statt der Haft auf Geldstrafe bis zu 150,— RM erkannt werden."

2. Kapitel

Unter welchen Voraussetzungen wird der Verletzer der Unterhaltspflicht nach § 361 Abs. 1 Ziff. 5 RStGB bestraft?

Wir wollen uns im zweiten Kapitel mit dem geltenden Recht befassen, und sehen, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung der Unterhaltspflicht durch die Vorschrift des § 361 Abs. 1 Ziff. 5 RStGB bestraft wird.

Nach § 361 Abs. 1 Ziff. 5 wird mit Haft bestraft, „wer sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand gerät, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß."

A. Die objektiven Tatbestandsmerkmale der Strafvorschrift des § 361 Abs. 1, Ziff. 5 RStGB.

Ziffer 5 hat also verschiedene Voraussetzungen, und nur, wenn sie alle vorliegen, kann der Täter bestraft werden.

I. Wann ist jemand zur Ernährung eines anderen verpflichtet im Sinne dieser Strafvorschrift?

Zunächst soll untersucht werden, wann jemand zur Ernährung eines anderen im Sinne dieser Vorschrift verpflichtet ist.

51) S. 1102, a.a.O., Bd. 2.

1. Ist es von Bedeutung, daß das Gesetz die beiden Ausdrücke „Unterhalt" und „Ernährung" gebraucht?

Wie bereits dargestellt, wurde bei der Entstehung des § 361, Abs. 1 Nr. 10 dem Unterschied der Worte „Unterhalt" und „Ernährung" keine Beachtung geschenkt.

Bei der Erstberatung des Gesetzentwurfs[1]) wies der Abgeordnete Molkenbuhr darauf hin, daß der Kreis der Unterhaltsberechtigten und der Umfang der Unterhaltspflicht für das Reich nicht einheitlich feststehe, so daß in verschiedenen Staaten verschiedene Familienangehörige unter das Strafgesetzbuch fallen, z. B. in Preußen der Bruder, in Bayern nicht. Dem wurde entgegengehalten, daß das Reichsrecht künftig den Umfang und die Art der Unterhaltspflicht regele. Dasselbe Bedenken wurde auch in den Kommissionsberatungen geäußert[2]).

In der zweiten Beratung[3]) ging man ebenfalls davon aus, das Reichsrecht könne eine in einzelnen Landesteilen verschiedenartige Verletzung der Unterhaltspflicht strafrechtlich ahnden.

Erst bei der 3. Beratung[4]) stellten die Abgeordneten Gröber und Spahn einen Abänderungsantrag, der, wie bei der Entstehungsgeschichte geschildert, aber nicht Gesetz wurde. Daraus, daß er abgelehnt wurde, kann man aber Schlüsse für die geltende Bestimmung ziehen. Was die Unterhalts- und Ernährungspflicht anlangt, so enthielt er zwei Anträge:

Die Unterhaltspflicht solle auf Ehegatten, Eltern und Kinder beschränkt werden, soweit deren Verletzung strafbar ist, und

„Ernährung" soll durch „Unterhalt" ersetzt werden.

Das erstere ist ausführlich behandelt bei der Entstehungsgeschichte des § 361, Ziff. 10[5]). Eine solche Beschränkung hat man abgelehnt.

Über den Unterschied von Ernährung und Unterhalt gibt die Entstehungsgeschichte folgende Aufklärung[6]):

Unterhaltspflicht und Ernährungspflicht decken sich nicht. Die Unterhaltspflicht ist ein weitergehender Begriff, da er außer der Ernährung, also der Beköstigung, noch Kleidung und Wohnung sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Beruf umfaßt. Diesem Unterschied maß man jedoch keine Bedeutung bei, vor allem im Hinblick auf die verschiedenen geltenden Landesrechte.

---

1) Verhandl. des RT, 9. Leg. Per. 1893/4, Bd. I, S. 262 (12. Stzg. am 4. 12. 1893).

2) Ber. d. 14. Komm. 1892/93, 8. Leg. Per. 2. Sess. Anl. Akt. St. Nr. 227 (S. 1188) u. Ber. d. 14. Kom. 1893/4, 9. Leg. Per. 2. Sess. Anl. Akt. Nr. 117, S. 738.

3) Am 26. 1. 1894, Bd. 2, S. 898 ff.

4) S. 984 ff. a.a.O.

5) S. 13 der Arb.

6) S. 984 a. E.

Wenn auch ein begrifflicher Unterschied besteht, so zwingt doch der Wortlaut des Gesetzes „zum Unterhalt derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist", zu der Annahme, daß hier der Unterhaltsanspruch hat geschützt werden sollen. Eine Verletzung der Ernährungspflicht ist immer eine Verletzung der Unterhaltspflicht. Daß diese Auslegung des Gesetzes die richtige ist, erhellt schon daraus, daß der Verletzer der Unterhaltspflicht schon dann strafbar ist, wenn zum Unterhalt des Berechtigten — nicht nur zur Ernährung — fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

Bei Entstehung unserer Vorschriften (1851, 1870 und 1894) galt das BGB noch nicht. Vielmehr war Landesrecht gültig. In Preußen war z. B. anerkannt, daß nach §§ 254, 630, II, 2, 14, II, 3, 106, 109, I, 6 ALR ein Unterschied zwischen Ernährung und Unterhalt nicht vorhanden ist.

Vielmehr ist mit Eckstein[7]) anzunehmen daß mit dem Wort „Ernährung" kein neuer juristischer Begriff hat eingeführt werden sollen — vielleicht bestand er in einzelnen Ländern anstelle von „Unterhalt" —, sondern daß „Ernährung" nur das Wort „Unterhalt" umschreiben soll, um die dreimalige Wiederholung des Wortes „unterhalten" in demselben Satz zu vermeiden. So wird man dem Wort „Ernährung" keine besondere Bedeutung beimessen dürfen.

Die Voraussetzungen und Arten der Unterhaltspflichten zu prüfen und darzustellen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, da es sich hier um rein bürgerlich-rechtliche Dinge handelt. Es soll nicht gezeigt werden, welche Arten von Unterhalt und Unterhaltspflichten es gibt, auch nicht deren Voraussetzung, sondern nur, unter welchen Voraussetzungen sie strafrechtlich geschützt werden.

Eins bedarf jedoch noch der Hervorhebung: Die rechtliche Natur der Unterhaltspflicht ist verschiedenartig[8]). Das BGB kennt Unterhaltspflichten auf familienrechtlicher, erbrechtlicher und auch obligatorischer Grundlage[9]). Unsere Vorschrift gibt aber keinen Hinweis, wie weit der Kreis der unterhaltspflichtigen Personen gezogen werden soll, die bei Verletzung ihrer Unterhaltspflicht bestraft werden. Die Unterhaltspflicht richtet sich nach dem jeweils geltenden Privatrecht.

Aber aus der Entstehungsgeschichte wird mit Recht gefolgert, daß diese Unterhaltsrechte nicht alle den strafrechtlichen Schutz des

---

7) Eckstein, Die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht, S. 15/16.

8) Vgl. dazu Planck, Komm. zum BGB, 4. Bd. Familienrecht, 3. Titel, Vorbem. vor § 1601.

9)
a) Unterhaltspflichten auf familienrechtl. Grundlage sind die der §§ 1601, 1603, Abs. 2, 1757, 1766, 1360, 1578, 1579, 1708, 1703. —
b) Unterhaltspflichten auf erbrechtlicher Grundlage finden sich in den §§ 1969, 1963 und 2141. —
c) Unterhaltspflichten auf obligatorischer Grundlage bestehen z. B. §§ 528, 843, 844 BGB.

§ 361 genießen. Denn die Strafvorschrift, die aus dem PrStGB übernommen ist, schützte dort auch nur die Unterhaltspflichten gegenüber Familienangehörigen. An die obligatorischen und erbrechtlichen Unterhaltspflichten hat man bei Schaffung des Gesetzes gar nicht gedacht. Sie sind auch erst durch das BGB, also nach Schaffung der strafrechtlichen Vorschrift, geschaffen worden. Ihre Verletzung ist moralisch-sittlich auch nicht so verwerflich wie die des Familienrechtes. Das zeigt sich schon darin, daß die Unterhaltspflicht des § 1969 BGB vom Erblasser beseitigt werden kann und lediglich eine Nachlaßverbindlichkeit ist, die deshalb vorgesehen ist, um eine Übergangszeit zu schaffen, in der der Erbe seine diesbezüglichen Rechte nicht geltend machen kann. Sie beruht auch nicht auf einer so hohen sittlichen Forderung, daß ihre Erfüllung strafrechtlich geschützt sein soll.

Auch der Anspruch aus den §§ 1963 und 2141 verdient keinen strafrechtlichen Schutz, da der Unterhalt aus dem Nachlaß zu nehmen ist. Da der Verwalter des Nachlasses aber selbst den Unterhalt nicht schuldet, so erscheint er nicht strafwürdig. Ebenso handelt es sich in § 1582, Abs. 2 BGB lediglich um eine Nachlaßverbindlichkeit, nicht um eine familienrechtliche Unterhaltspflicht. Dieser Fall hat den Gesetzgebern damals nicht vorgeschwebt. Desgleichen ist in § 1712 BGB der Erbe des unehelichen Vaters familienrechtlich mit dem unehelichen Kinde seines Erblassers nicht so eng verbunden, als daß man die Strafvorschrift auf diesen Fall anwenden könnte.

Das gilt in erhöhtem Maße von den obligatorischen Unterhaltspflichten. Bei den §§ 843, 844 BGB handelt es sich um Schadensersatz, weil der Handelnde es dem Verletzten schuldhaft unmöglich gemacht hat, sich selbst zu unterhalten. Die Erfüllung eines gewöhnlichen Schadensersatzanspruches ist aber strafrechtlich ungeschützt. Ebenso mag es sittlich verwerflich sein, wenn jemand, der beschenkt ist, seiner Pflicht aus §§ 528 Abs. 1, S. 2, 529 BGB nicht nachkommt. Aber unter unsere Strafvorschrift kann er nach dem Willen des Gesetzgebers nicht fallen, da es sich hier nur um eine Billigkeitsvorschrift inerhalb der Rechtsordnung handelt. Hierher gehören vor allem auch die Unterhaltspflichten, die durch das Haftpflichtgesetz entstehen können. Kraftfahrzeughalter, Eisenbahnunternehmer, Tierhalter, Bergwerksbesitzer u. a., in deren Betrieben ein Mensch getötet wird, kann den Kindern des Getöteten unterhaltspflichtig werden. Diese Unterhaltspflichten sind ihrer rechtlichen Natur nach Schadensersazpflichten.

Die Begründung des Gesetzentwurfes und der Bericht der 14. Kommission zeigt, daß nur die pflichtwidrige Entziehung der Unterhaltspflicht gegen Familienangehörige hat getroffen werden sollen. Es soll also nicht die Verletzung der Unterhaltspflicht schlechthin unter Strafe gestellt werden. Das geht auch aus dem Zusammenhang hervor, in dem § 361, Abs. 1, Ziffer 10 mit der Ziffer 5 steht. In allen früheren Landesrechten wurde nur der

bestraft, der seine Unterhaltspflicht Familienangehörigen gegenüber verletzte [10]). So sollte es auch in Ziffer 10 sein; Ziffer 10 sollte zwar eine Erweiterung des Tatbestands der Ziffer 5 bringen, aber nicht in Bezug auf die Unterhaltspflicht. Gerade diese Formulierung ist in beiden Gesetzesbestimmungen gleich.

Das hat das Kammergericht [11]) zum Anlaß genommen, zu folgern, daß die Grenze der Unterhaltspflichten, deren Verletzung strafbar ist, dort liegt, wo die Unterhaltspflicht zugleich eine Ernährungspflicht ist. Der Wortlaut selbst weise die Grenze, welche Unterhaltspflichten unter die Strafbestimmung fallen. Danach müsse also die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht beschränkt bleiben auf Fälle, in denen die Unterhaltspflicht Familienangehörigen gegenüber besteht. Daraus ergebe sich dann, daß z. B. der Vater eines unehelichen Kindes bei Verletzung seiner Unterhaltspflicht nicht unter die Strafbestimmungen falle; denn er schuldet nicht die Ernährung; das uneheliche Kind gehört nicht zu den in § 361 Abs. 1 Ziff. 5 und 10 genannten Personen, „zu deren Ernährung er verpflichtet ist". „Von einer Ernährung im Sinne der Gesetzesvorschrift wird nur dann gesprochen werden können, wenn zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten nahe persönliche Beziehungen bestehen; sie wird in der Regel das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft voraussetzen" (KG a.a.O.).

Die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters sei aber nicht so beschaffen; er muß lediglich eine Geldrente gewähren. Er kann gar nicht Naturalverpflegung leisten anstelle der Geldrente; er sei weder berechtigt, noch verpflichtet, „Ernährung" zu leisten. Seine Unterhaltspflicht sei anders geartet. Er habe kein Erziehungsrecht und keinen Einfluß auf die sonstige persönliche Fürsorge. Daher seien die nach dem Gesetz erforderlichen „nahen persönlichen Beziehungen" nicht als vorliegend anzusehen. Dazu kommt, daß das KG a.a.O. unterscheidet zwischen Unterhaltspflicht von Blutsverwandten und anderen Unterhaltspflichten, die auf familienrechtlicher, erbrechtlicher oder obligatorischer Grundlage beruhen. Daraus entnimmt das KG, daß nur die Erfüllung der Unterhaltspflichten strafrechtlich geschützt ist, bei denen der weitere Umstand hinzutritt, auf den Wortlaut und Entstehungsgeschichte hinweisen: „Die Verletzung einer Ernährungspflicht".

Auch in einem späteren Urteil [12]) hält das Kammergericht an dieser Entscheidung fest. Der Gesichtspunkt, daß den Worten „Unterhalt" und „Ernährung" die Bedeutung beigemessen wird, daß nur die Unterhaltspflichtverletzung strafbar sei, die zugleich mit einer Ernährungspflicht verbunden ist, wird nach erneuter Prüfung allerdings aufgegeben (S. 242). Er ist auch nicht aufrecht zu erhalten, wenn man bedenkt, daß in der Zeit der Entstehung dieser Straf-

10) Vgl. den I. Teil der Arbeit (S. 7 ff.)
11) KG Urteil vom 29. 11. 04 in Goltdammer's Arch. Bd. 52, S. 96 ff.
12) v. 17. Jan. 08 in Goltdammers Arch., Bd. 55, S. 238 und Pr. Verw. Bl., Bd. 29, S. 413.

vorschriften verschiedene Landesrechte bestanden, die für „Unterhalt" die verschiedensten, keine klar abgetrennten Ausdrücke gebrauchten. Dazu kommt, daß die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters auf den gleichen Rechtsgründen beruht wie bei den in § 1601 BGB bezeichneten Verwandten in gerader Linie, nämlich auf dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnis [12a]).

Unter ausgiebiger Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte legt das KG dar, weshalb der uneheliche Vater nicht unter die Strafvorschrift falle. Festgehalten wird aber an der Grenze der auf Familienangehörigkeit beruhenden Unterhaltspflicht, die unter § 361 Abs. 1, Ziff. 5 und 10 falle, und dies wird zur wesentlichen Grundlage der Entscheidung gemacht. „Trotz der familienrechtlichen Grundlage kann nicht davon gesprochen werden, daß zwischen dem unehelichen Vater und seinem Kinde so nahe persönliche Beziehungen bestehen, wie sie zur Anwendung des Strafgesetzes vorausgesetzt werden."

Auch falle § 65 des PrAusfGes. zum UWG vom 8. Mai 1871 (GS S. 130) ins Gewicht, wo den Ansprüchen gegen den Ehemann, die Ehefrau, die ehelichen Eltern, die uneheliche Mutter, die ehelichen Kinder und gegen die unehelichen Kinder in Bezug auf die uneheliche Mutter ein besonderer verwaltungsrechtlicher Schutz zuteil werde, der Anspruch gegen den unehelichen Vater aber auch verwaltungsrechtlich durch § 65 a.a.O. nicht geschützt werde.

Außer dem Kammergericht vertrat diese Meinung lediglich noch das OLG Düsseldorf in zwei eingehend begründeten Entscheidungen [13]). Auch das OLG Düsseldorf lehnt den Entscheidungsgrund ab, wonach die Unterhaltspflichtverletzung nur strafbar sei, wenn sie gleichzeitig mit einer Ernährungspflicht verbunden sei. Aber es hält für „zutreffend", daß nur eine auf Familienzugehörigkeit beruhende Unterhaltspflicht durch das Strafrecht geschützt werde, und daß nach dem BGB die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters nicht auf Familienangehörigkeit beruhe. Familienangehörigkeit könne nur durch Blutsverwandtschaft begründet werden, nach § 1589 Abs. 2 BGB sei aber der uneheliche Vater mit dem Kinde nicht blutsverwandt. Das zeige sich auch in der Art, in der er den Unterhalt leistet. Zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Vater und dessen Familie besteht keine Gemeinschaft. Das Strafgesetz mache aber Halt an der Grenze der auf Familienangehörigkeit gegründeten Unterhaltspflicht. Nicht die Unterhaltsverpflichteten, sondern lediglich der strafbare Tatbestand habe durch Einführung der Ziffer 10 erweitert werden sollen.

Auch schließt sich das OLG Düsseldorf, besonders in der zweiten Entscheidung, der Auslegung an, die die Entstehungsgeschichte

---

12a) So heute das Reichsgericht, Urteil vom 11. Nov. 1927 in Ju. Wo. 1928 S. 912 Nr. 36.

13) OLG Düsseldorf Urteil vom 20. Nov. 09 = Rhein. Arch. 107, S. 318 = Jahrb. d. Fürsorge, Bd. V, (1911), S. 98 und OLG Düsseldorf Urteil vom 26. April 1910, Jahrb. d. Fürs. Bd. V, 1911, S. 100.

durch das Kammergericht erfahren hat, während in der ersten Entscheidung der Entscheidungsgrund aus § 65 PrAusfGes. zum UWG hervorgehoben wurde.

Alle anderen oberen Gerichte des Reiches, in Sonderheit das RG[14]), das Bay. OLG[15]) und die anderen preußischen[16]) und außerpreußischen[17]) OLG, sowie das Schrifttum[18]) steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Jahrelang standen das KG und OLG Düsseldorf allein, schließlich haben das Kammergericht in zwei Entscheidungen[19]) und das OLG Düsseldorf[20]) ihre bisherige Rechtsanschauung verlassen, so daß heute Einhelligkeit dahin besteht, daß auch der außereheliche Vater bei Verletzung seiner Unterhaltspflicht unter die Strafbestimmung fällt.

Aber auch unter diesen ist die Begründung sehr verschieden. Nicht gefolgt werden kann dem OLG Hamburg, a.a.O., das „jede rechtliche Verpflichtung zur Ernährung eines anderen ohne Unterschied, ob sie auf Gesetz, Vertrag oder Urteil beruht, als von der Strafverfolgung betroffen" ansieht[21]).

---

14) RG v. 1. 8. 1913 in Reger, Bd. 36, S. 384.

15) Bay. OLG v. 9. 10. 06 = Bay. OLG Entsch. 7, 80 = Seuff. Bl. Bd. 72, S. 74 und Bay. OLG 9. 6. 21. = Bay. OLG Entsch. 21, S. 204.

16) OLG Köln v. 6. 6. 08 = Rhein. Arch. Bd. 105, (1909), S. 184. OLG Posen v. 17. Dez. 1910 in Pos. Mon. Schr. Band 14 S. 122. OLG Hamm 9. Mai 1911 in Goltd. Arch. 59, S. 182. OLG Celle 8. Dez. 1908 in Goltd. Arch. 58, 243. OLG Celle 20. Febr. 22 in ZStW Bd. 45 S. 479. OLG Naumburg 18. 6. 1913 in Goltd. Arch. 62, 214. OLG Naumburg 10. Febr. 1926 in Jur. Rdschau, Bd. 2 Nr. 878 und v. 24. 9. 24 a.a.O. Bd. 1 (1925) Nr. 6 OLG Marienwerder v. 2. Febr. 1925 in ZStW Bd. 46 S. 127; OLG Kiel 21. 8. 26 in Goltd. Arch. 71, 190. OLG Breslau 31. 3. 08 in Zentr. Bl. f. Jug. R. u. Jug. Wohlf. Bd. I S. 263, OLG Kiel v. 21. Febr. 1914 in Schlesw.-Holst. Anz. 1914 S. 112 u. a.

17) OLG Hamburg v. 28. Jan. 1897 in Goltd. Arch. Bd. 45 S. 294; OLG Dresden v. 18. 10. 1906 in Goltd. Arch. Bd. 56, S. 107 = Annalen d. OLG Dresden Bd. 28 S. 293; OLG Dresden v. 25. 8. 06 in Reger Bd. 28, S. 313/4; OLG Karlsruhe v. 8. Nov. 1909 in Bad. R. Prax. Bd. 12 S. 71; OLG Colmar v. 25. Sept. 1906 in Els.-Lothr. Zeitschr. Bd. 33 (1908) S. 268 (Nr. 94); OLG Braunschweig 6. März 06 in DJZ XII, 432; OLG Darmstadt 3. Nov. 1910 in Hess. Rechtsp. Bd. 13 S. 22. ReichsMilitärgericht v. 28. 8. 1912 in Entsch. RMG Bd. 17. S. 114.

18) Eckstein: strafb. Verl. d. Unt.pfl. S. 15 f./ Demann: Verletzg. d. Unt.pfl. als strafb. Handlg. S. 34; Amelunxen: Verletzg. d. Unt.pflicht d. unehel. Vaters S. 12; Frank zu § 361, 10, Oppenhoff-Delius N. 70; Meister in Zentr. Bl. f. Jug. R. 3 (1912) S. 4/5; Töpfer in DJZ XI (1906) S. 1148; Hampe in DJZ XI (1906) S. 1366; Köhler in krit. Viertelj. Schrift Bd. 47, S. 180; Fuld in Seuff. Bl. f. R. Anw. 71 (1906) S. 145; Wunderlich in Sächs. Arch. f. Rechtspflege Bd. 2 (1907) S. 241; Bovensiepen in DJZ 24 (1919) Sp. 725; Hilse im „Recht" 1908 S. 668/670; Friedeberg in Heft 95 (1911) S. 75 ff., S. 79 der Schriften des Deutschen Vereins f. Armenpflege und Wohltätigkeit und viele andere.

19) KG 1. Strafsenat, 22. Dez. 22. in JW 1924, S. 329, Nr. 6 und in Ztschr. f. ges. StRW. 44, 468 und KG 2-Strafsen. 25. 10. 24. in JW 1925, S. 390, I.

20) OLG Düsseldorf v. 11. 3. 25. — S. 17/25 — in Goltd. Arch. Bd. 70 (1926), S. 76 (vgl. aber die Berichtigung dazu Goltd. Arch. a.a.O. S. 157 a. E.)

21) Allerdings ist das Urteil des OLG Hamburg in der Zeit vor Inkrafttreten des BGB erlassen, so daß es diese Scheidung gar nicht vornehmen

Auch Fuld[22]) scheint der Ansicht zu sein, daß eine Beschränkung der Anwendung der Strafvorschrift auf gesetzliche Unterhaltspflichten wenn auch nicht unzulässig, so doch nicht zwingend geboten sei. Er leitet das daraus ab, daß im Tatbestand keine Rede ist von Familie oder Familienangehörigkeit; das berechtige umsomehr zu dem Schluß, die vertragliche und die aus unerlaubten Handlungen entspringende Unterhaltspflicht mit in den Tatbestand hereinzubeziehen, als der Gesetzgeber durch die Anträge und Diskussionen der Abgeordneten Gröber und Spahn darauf aufmerksam gemacht sei, wie weit die Strafvorschrift reiche, welche Unterhaltspflichten nach den einzelnen Landesgesetzen unter diese Bestimmung zu bringen sei, der Gesetzgeber aber ausdrücklich eine Beschränkung abgelehnt habe. „Man war sich darüber klar, und gab sich auch Rechenschaft."

Gegen diese weite Auslegung insbesondere auch das Bay. OLG[23]) und das OLG Celle[24]).

Mit der herrschenden Meinung[25]) ist § 361 dahin auszulegen, daß nur die gesetzlichen Unterhaltspflichten unter Schutz gestellt sind. Deshalb hat das Bay. OLG mit Recht angenommen[26]), daß eine Verletzung der Unterhaltspflicht, auch wenn sie erzwingbar ist, nicht unter die Strafbestimmung des § 361 falle, soweit sie keine gesetzliche Unterhaltspflicht sei.

Um die Anwendung der Strafvorschrift auf die Fälle der Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht zu beschränken, ist deshalb schon im StGB-Entw. von 1909 (§ 306) „gesetzlich" in den Tat-

---

konnte. Nach dem Inkraftreten des BGB ist das Urteil jedoch nicht mehr aufrecht zu erhalten.

22) In Seuff. Bl. f. RAnw. Bd. 71 (1906), S. 145 ff. 147, 148.

23) Bay. OLG vom 9. 10. 06 in Seuff. Bl. Bd. 72, (1907), S. 74 ff., S. 77: „Nach der Entstehungsgeschichte, insbes. mit Rücksicht auf die landesgesetzlichen Vorläufer unserer Strafbestimmung soll nicht jede Unterhaltspflicht schlechthin geschützt werden."

24) In ZStW, Bd. 45, S. 379, 380.

25) v. Hippel, in: Vergl. Darst. des deutschen und ausländ. Strafrechts, Bd. II, S. 174, Anm. 4.

26) Dem Tatbestand lag der Fall zugrunde, daß ein außerehelicher Vater einen vom Vormundschaftsgericht genehmigten Abfindungsvertrag dahin geschlossen hatte, daß mit der Zahlung der Abfindungssumme alle Ansprüche des unehelichen Kindes abgegolten sein sollten. Später, nach der Inflation, übernahm er durch Vereinbarung mit dem Vormund unter gerichtlicher Genehmigung die Verpflichtung zur weiteren Unterhaltsleistung. Diese jetzige Unterhaltspflicht verletzte er. Obgleich eine Schenkung nicht vorliegt, sondern eine erzwingbare Unterhaltspflicht, kann § 361 nicht zum Zuge kommen. Denn die Unterhaltspflicht beruht nur auf Vertrag. Nach Zahlung der Abfindungssumme bestand für den Vater keine gesetzliche Unterhaltspflicht mehr (§ 1714, Abs. 1 BGB). „Er hat die die Unterhaltsleistungen betreffenden Schuldbeziehungen endgültig gelöst. Die gesetzliche Unterhaltspflicht des Angeklagten war völlig zum Erlöschen gebracht, ein weiterer gesetzlicher Anspruch des unehelichen Kindes besteht nach Zahlung der Abfindungssumme nicht mehr." (Bay. OLG vom 23. Dez. 1929 in DRZ 22, (1930), S. 158, Nr. 272).

bestand mit eingefügt worden und seitdem in fast allen Entwürfen zur Klärung der Abgrenzung beibehalten [27]). Die Unterhaltspflicht muß also im Gesetz begründet sein [28]). Das geht auch aus den Beratungen bei Schaffung der Gesetzesvorschrift hervor [29]).

Was nun die Streitfrage des KG anlangt, — inwieweit der Vater eines unehelichen Kindes „zur Ernährung verpflichtet" ist, inwieweit also der Vater eines unehelichen Kindes bei Verletzung seiner Pflicht unter die Strafvorschrift fällt — so ist dem Kammergericht mit Recht entgegengehalten worden:

1) Es ist nicht einzusehen, warum der uneheliche Vater nicht zur Ernährung, sondern nur „zum Unterhalt" verpflichtet sein soll. Schon in seiner zweiten Entscheidung (S. 18 d. Arb.) läßt das KG diese Meinung wieder fallen. Sie läßt sich auch nicht halten.

Im Gesetz ist die Vernachlässigung der Unterhaltspflicht mit Strafe bedroht; diejenigen, die man zu unterhalten hat, werden bezeichnet als diejenigen, „zu deren Ernährung man verpflichtet ist".

Das OLG Breslau [30]) leugnet überhaupt jeden Unterschied zwischen diesen Begriffen. Ernährungspflicht bedeute wörtlich genommen eine „Pflicht zur Gewährung von Speise und Trank". Das aber sei mit dem Sprachgebrauch nicht vereinbar, wonach unter Ernährungspflicht die Pflicht zur Gewährung alles dessen verstanden wird, was zur leiblichen Unterhaltung des Menschen dient, insbesondere Kost, Bekleidung und Wohnung. „Damit wird die Ernährungspflicht aber zur Unterhaltspflicht" [31]). Ob das richtig ist, stehe dahin.

Jedenfalls umfaßt der Unterhalt auch die Ernährung. Denn zum Unterhalt, den der uneheliche Vater nach § 1708 BGB zu gewähren hat, gehört der gesamte Lebensbedarf, sowie die Kosten der Erziehung und die Vorbildung zu einem Berufe. Zum gesamten Lebensbedarf gehört neben Wohnung u. a. aber a u c h die Ernährung [32]). „Ernährung ist Bestandteil der Unterhaltspflicht."

---

27) Entw. von 1913, § 339 und Entw. von 1919, § 275.

28) So v. Hippel, Bettel, S. 32 und Vergl. Darst. des deutschen und ausländ. Strafrechts, Bes. T. Bd. II, S. 174 Anm. 4 und von Liszt (Lehrbuch, 25. Aufl., 1927, § 190, II, 4, S. 868): „Reichsrechtlich oder landesrechtlich auferlegte Pflicht." Ebenso Eckstein, S. 14 ff.

29) Stenogr. Berichte 9. Leg. Per. II. Sess. 1893/94 (36. Sitzung am 26. Jan. 1894) Bd. 2 S. 898. Abgeordn. Schröder: Zwar ist der Umfang der Unterhaltspflicht durch Landesgesetze verschieden geordnet. Die gleiche rechtl. Grundlage für die Strafbestimmung ist, daß es sich um schuldhafte Nichterfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung handelt.

30) OLG Breslau, 31. 3. 08 in ZBl. für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Bd. 1, S. 263.

31) So auch Bay. OLG 9. 10. 06 a.a.O. und OLG Köln vom 6. 6. 08, das ebenfalls den Begriff der Ernährung gleichsetzt mit Gewährung dessen, was zum Lebensbedarf notwendig ist.

32) OLG Posen, 17. Dez. 1910 in Pos. Ztschr. Bd. 14 (1911), S. 122; OLG Naumburg, v. 18. 6. 13 in Goltdammers Arch. Bd. 62, S. 214; OLG Colmar 25. 9. 06. Els. Lothr. Ztschr. 33 (1908) S. 268.

Würde man diesen Unterschied zwischen Unterhalt und Ernährung, den das Kammergericht betont, für so bedeutsam halten, so würde sich daraus ergeben, daß die meisten familienrechtlichen Unterhaltsansprüche [33]) strafrechtlich nicht geschützt sind. Denn nicht nur sehr oft, sondern in der Regel (§ 1612, Abs. 1 BGB) ist der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten, nicht aber durch „Gewährung von Speise und Trank". In allen diesen Fällen, in denen der Unterhalt durch Zahlung einer Geldrente zu leisten ist [34]), wäre nach dem Urteil des KG eine Anwendung des § 361 ausgeschlossen; das trifft aber auch bei ganz nahen Familienangehörigen zu, deren Unterhaltspflichtverletzung bestimmt unter das Strafgesetz fallen soll [35]). Durch die Bestimmung, daß jemand den Unterhalt in Form einer Geldrente zu leisten hat, wird keineswegs die Ernährungspflicht verneint, sondern nur die Art und Weise angegeben, wie der Unterhaltspflichtige der Ernährungspflicht nachzukommen hat.

Es ist kein Unterschied zu sehen zwischen § 1708 und § 1610 Abs. 2 / 1612 Abs. 1 Satz 2. Der uneheliche Vater hat genau wie die ehelichen Verwandten den Berechtigten „den gesamten Lebensbedarf sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe" zu gewähren. Ebenso hat der uneheliche Vater (§ 1710) genau wie die ehelichen Verwandten (§ 1612 Abs. 1 S. 1), denen nicht „besondere Gründe" (§ 1612 Abs. 1 S. 2) zur Seite stehen, Unterhalt in Form der Geldrente zu leisten.

Daß regelmäßig die Form einer Geldrente vorgeschrieben ist, ist nur aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgt, nämlich um Streitigkeiten zwischen Unterhaltsberechtigten und Unterhaltsverpflichteten zu vermeiden [36]).

2) Aber auch der Grund des Kammergerichts [37]), daß in § 361 RStGB nur eine auf Familienangehörigkeit beruhende Unterhaltspflicht geschützt werde, der uneheliche Vater aber nicht dazu gehöre, ist nicht als richtig anerkannt worden.

Rechtsgrund der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Verwandten und Ehegatten ist die Zugehörigkeit zu einer Familie [38]), sei es,

---

33) §§ 1601, 1580/1578, 1580/1351 BGB u. a.

34) z. B. in § 1361 BGB die einzig zulässige Art.

35) z. B. §§ 1601, 1612 Verwandte in gerader Linie; daran ändert auch § 1612, Abs. 1, Satz 2 nichts, wonach in diesem Sinne keine Unterhalts**pflicht** besteht, sondern der Unterhalt unter besonderen Umständen in Form von Naturalleistung gewährt werden **kann**.

36) Mot. z. BGB, Bd. IV (Fam. R.), S. 702.

37) Goltd. Arch. Bd. 52, S. 96 und Bd. 55, S. 238.

38) Daher fällt, wie OLG Naumburg — Urt. v. 25. Nov. 1936 in Ju. Wo. 1937 S. 2397 — mit Recht hervorhebt, auch der Ehemann der Mutter unter diese Strafbestimmung, wenn er das Kind nicht unterhält, das von seiner Ehefrau, aber nicht von ihm abstammt, dessen Ehelichkeit er aber nicht angefochten hat. Denn dieses Kind **gilt** nach §§ 1593, 1594 BGB als ehelich. Nach §1601 BGB hat er für den Unterhalt des Kindes zu sorgen, auch wenn er mit dem Kinde **nicht** blutsverwandt ist.

daß diese Zugehörigkeit auf Blutsverwandtschaft beruht, sei es, daß sie durch Eheschluß oder Adoption erworben ist[38a]). Dazu gehört aber auch der uneheliche Vater. Er bildet zwar mit dem unehelichen Kind keine Familie, das uneheliche Kind gehört nicht zu seiner Familie.

Aber er ist mit dem Kinde blutsverwandt. Das Kind stammt von ihm ab. Deshalb mußte, wollte man die rechtlichen Folgen der Blutsverwandtschaft nicht eintreten lassen, in § 1589 Abs. 2 BGB ausdrücklich bestimmt werden, daß das uneheliche Kind und sein Vater als nicht verwandt *gelten*. Es handelt sich hier um eine Fiktion, — nicht um eine Vermutung —, wie z. B. in § 1923, Abs. 2 BGB, d. h. der Gesetzgeber weiß selbst, daß die Sachlage anders ist, als er bestimmt; aber mit Rücksicht auf Rechtsfolgen bestimmt er, daß eine Tatsache als nicht vorhanden oder als nicht geschehen *gilt*.

Hierzu kommt noch folgendes in Betracht: Auf dem Gebiet des Strafrechts ist der bürgerlich-rechtliche Begriff der Verwandtschaft nicht maßgebend[39]). Das ergibt sich — so RG — aus § 33 EG z. BGB, einer Bestimmung, in der das StGB an den bürgerlich-rechtlichen Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft nicht als gebunden aufgezählt ist. Deshalb ist der Ausschluß der Verwandtschaft zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater nach § 1589, Abs. 2 BGB für das Strafrecht nicht vorgeschrieben. Für die materiell-rechtliche Frage der Verwandtschaft ist es daher belanglos, ob das Verwandtschaftsverhältnis durch eheliche oder außereheliche Geburt begründet ist. Strafrechtlich ist das uneheliche Kind mit seinem Vater verwandt[40]).

Lediglich für die im § 33 Einf.G. z. BGB genannten Gesetze finden die Vorschriften des BGB über Verwandtschaft und Schwägerschaft Anwendung, soweit in diesen Gesetzen an die Verwandtschaft und Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind. Daher hat z. B. der Vater eines unehelichen Kindes im Strafprozeß kein Zeugnisverweigerungsrecht[41]).

Das ergibt sich auch aus einer anderen Erwägung: Das Gesetz erkennt — auch wenn es in § 1589 Abs. 2 den Vater und sein uneheliches Kind kraft positiver Gesetzesbestimmung nicht als verwandt angibt — doch die tatsächliche Blutsverwandtschaft insofern an, als nach § 1310 Abs. 3 BGB wie die Ehe zwischen Verwandten im Rechtssinne, so auch die zwischen dem unehelichen Kind und

---

38a) OLG Breslau, Urteil v. 31. 3. 08 i. Zentr. Bl. f. JR, Bd. I, 263.

39) So in stdg. Rspr. d. RG, das Verwandtschaft für einen strafrechtl. Begriff und Irrtum darüber für einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum hält.

40) RG 2. Okt. 22 — III, 566/22 — in LZ Bd. 17 (1923) Sp. 64 Nr. 4 und Zentr. Bl. f. JR Bd. 18 (1927), S. 11, Nr. 29 sowie RG 8. 11. 01 = RG 34, 420; Frank, § 52, IV, 1. Deshalb ist z. B. eine Bestrafung aus § 173 StGB möglich (RG a.a.O.). Ebenso kann nach § 247 StGB der uneheliche Vater das uneheliche Kind bestehlen.

41) § 52 Ziff. 3 StPO; vgl. dazu RG 21. 2. 08 = RG 41, 115.

dessen Abkömmlingen einerseits und dem unehelichen Vater und dessen Verwandten andererseits verbietet.

Demnach kann der Grund, daß § 361 Ziff. 5 und 10 nur Unterhaltsansprüche schütze, die auf Blutsverwandtschaft beruhen, der Vater und sein uneheliches Kind aber nicht als verwandt gelten, für die Anwendung unserer Strafvorschriften nicht ausschlaggebend sein. Schließlich ist die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters auf familienrechtliche, verwandtschaftliche Gründe zurückzuführen, und nicht auf deliktische, obligatorische. Er leistet Unterhalt, weil das Kind von ihm abstammt, weil er tatsächlich mit dem Kind verwandt ist, — er leistet Unterhalt als Vater[42]). Das ergibt sich sowohl daraus, daß seine Unterhaltspflicht im Familienrecht unter dem Titel „Verwandtschaft" geregelt ist[43]).

Auch kann dem Kammergericht darin nicht beigestimmt werden, daß zur Annahme einer Ernährungsverpflichtung im Sinne des § 361 „nahe persönliche Beziehungen" erforderlich sind, die „in der Regel das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft voraussetzen" (KG a.a.O.). Diese Beschränkungen der Unterhaltspflichtverletzungen hat keine Stütze im geltenden Recht. Denn ein Großvater, der seinen Enkel darben läßt, macht sich — sofern die anderen Tatbestandsmerkmale des § 361 vorliegen — strafbar, ohne daß zwischen ihnen „nahe persönliche Beziehungen" bestehen, geschweige denn eine Hausgemeinschaft.

Ebenso muß der getrennt lebende Ehemann (§ 1361 BGB) oder der vom ehelichen Kind getrennt lebende Vater (§ 1612 BGB) eine Unterhaltsrente zahlen; so auch nach § 1710 der uneheliche Vater[44]).

Die Ansicht des KG würde dazu führen, — worauf OLG Colmar a.a.O.[44a]) hinweist —, daß der eheliche Vater nach Ehescheidung nicht unter die Strafbestimmung des § 361 falle, wenn das Kind der Mutter zugesprochen wird. Denn dann ist er nicht verpflichtet und nicht berechtigt, „Ernährung" d. h. „Gewährung von Speise und Trank" anzubieten; außerdem befindet er sich nicht in einer häuslichen Gemeinschaft mit dem Kind, die das KG voraussetzt.

Das Gesetz will aber auch diejenigen Unterhaltspflichtigen treffen, die den Unterhaltsberechtigten nicht in seiner Häuslichkeit aufnehmen können. Solche Einschränkung steht in Widerspruch mit der Gesetzesvorschrift.

3) Vor allem muß man aber gegen die Art der Auslegung und

---

42) OLG Colmar 25. Sept. 06; Els. Lothr. Ztschr. Bd. 33, (1908) S. 268 und Mot. z. Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich Bd. IV, Familienrecht, S. 864 zu § 1571 (jetzt § 1708) und S. 895 zu § 1574.

43) OLG Kiel 21. Febr. 1914 in Schlesw. Holst. Anz. 1914, S. 112 und OLG Hamm am 3. 3. 08 im Zentralblatt für Jugendrecht, Band I, Seite 119.

44) OLG Hamm, a.a.O. vgl. Anm. 43.

44a) vergl. Anm. 42.

die Auswertung der Entstehungsgeschichte durch das KG starke Bedenken hegen.

Wenn der Gesetzgeber allgemein vom Unterhalt spricht, und es tritt ein Fall ein, der unter das Allgemeine nicht paßt, dann ist es richtig, dieses Lückenhafte ergänzend zu berichtigen, so wie der Gesetzgeber das Gesetz gegeben haben würde, wenn er diesen Fall im Auge gehabt hätte. Hier aber, wo unser Fall, die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters, unter den Tatbestand des Gesetzes subsumiert werden kann, ist kein Raum für Auslegung und kein Grund, ja falsch, auf die Entstehungsgeschichte einzugehen. Für die gegenteilige Auffassung, die das KG vertritt, daß nämlich der uneheliche Vater bei Verletzung seiner Unterhaltspflicht nicht unter § 361 falle, liegt kein Grund vor. Denn § 361 spricht gar nicht von Familienangehörigen.

Ferner weist mit Recht das OLG Celle[45]) darauf hin, daß es sehr bedenklich erscheinen muß, daß das KG bei der Auswertung der Entstehungsgeschichte in seiner zweiten Entscheidung vom RStGB von 1871 auf das Gesetz von 1855 und 1843 schließt. Zwar ist dies der letzte Ursprung der Strafvorschrift, aber das Gesetz von 1843 ist kein Strafgesetz, sondern ein Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes von 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege. „Es ist aber nicht angängig, aus einem anders gearteten Gesetz Schlüsse auf Bestimmungen des Strafgesetzes zu ziehen." (OLG Celle, a.a.O.).

Aber auch die Entstehungsgeschichte ergibt, wie bereits gezeigt, nichts anderes. Abgeordneter Spahn machte darauf aufmerksam, daß das Bayerische Recht z. B. eine Unterhaltspflicht der Geschwister — im Gegensatz zu Preußen — nicht kennt, wohl aber sei der Ascendent des außerehelichen Vaters eines Kindes nach Bayerischem Landesrecht verpflichtet, das uneheliche Kind seines Sohnes zu alimentieren, und zwar, wenn die Vorlage (§ 361, Ziff. 10 RStGB) Gesetz würde, unter Strafe (a.a.O. S. 985).

Weder der Wortlaut sprichtgegen diese Ausdehnung, noch die Entstehungsgeschichte. Vielmehr ist bei Schaffung des Gesetzes, wie oben geschildert, ausdrücklich jede Einschränkung hinsichtlich der Unterhaltspflichtigen, deren Verletzung strafbar sein sollte, unterlassen worden und ein auf Einschränkung gerichteter Antrag (Gröber — Spahn) abgelehnt worden.

Es wurde vielmehr darauf abgestellt, die frivole Unterlassung der Erfüllung einer Unterhaltspflicht zu bestrafen.

Zu dieser Auslegung zwingt auch der Zweck des Gesetzes. Man wollte gegenüber der Ziffer 5 des § 361, wie die Entstehungsgeschichte zeigt, durch das Gesetz vom 12. März 1894 in § 361 Ziffer 10 eine Erweiterung der Möglichkeit schaffen, schuldhafte Vernachlässigungen der Unterhaltspflicht zu bestrafen. Schon deshalb ist nicht zu unterstellen, daß der Gesetzgeber gewillt gewesen sei, bei

45) Urt. v. 8. Dez. 08 in Goltd. Arch. Bd. 58, S. 243.

der großen Zahl der außerehelichen Kinder, die meist sehr bedürftig sind und deshalb des strafrechtlichen Schutzes sehr bedürfen, die pflichtvergessenen Väter von Strafe grundsätzlich frei zu lassen, auch wenn sie ihre Unterhaltspflicht gegenüber den von ihnen gezeugten Kindern noch so frivol verletzen. Das würde nur dann anzunehmen sein, wenn diese Einschränkung zwingend aus der Gesetzesvorschrift und deren Entstehungsgeschichte hervorginge. Das trifft aber nicht zu[46]). Die für diese Ansicht sprechenden sozialpolitischen Gründe haben mindestens dasselbe Gesicht wie die ethischen, die die Vorschrift auf eheliche Väter beschränken, zumal der wirksame Schutz der Träger der Armenlasten bei Schaffung des Gesetzes als dessen Zweck bezeichnet wurde.

Ganz abwegig allerdings Weyl[47]), der annimmt, daß in Ziff. 5 diejenigen „mit Übertretungsstrafe bedroht sind, die ..... in einen Zustand geraten, daß zur Erfüllung ihrer Ernährungspflicht fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß und — bei gleichem Schlußergebnis — sodann durch Ziffer 10 diejenigen, die sich ihrer Unterhaltspflicht entziehen“[48]).

Schließlich hat auch das KG und das OLG Düsseldorf seine Ansicht, daß der uneheliche Vater bei Verletzung seiner Unterhaltspflicht nicht nach § 361 bestraft werden könne — vornehmlich im Hinblick auf Art. 121 der Weimarer Verfassung — aufgegeben.

Zuerst erklärte der I. Strafsenat des KG[49]), daß er sich der h. M. anschließe und damit den in der Entscheidung des II. Strafsenats des KG vom 14. Januar 1908 (in Goltd. Arch. 55, 238) dargelegten Standpunkt verlasse. Die Einschränkung, daß nur die Unterhaltspflicht geschützt wird, die sich auf Familienangehörigkeit stützt, lehnt der Senat ab. Ebenso wird das Zurückgreifen auf die Entstehungsgeschichte abgelehnt. Im Gesetz selbst sei ein Unterschied nicht gemacht, eine Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis findet sich im Gesetz nicht. Die Entstehungsgeschichte könne für die Auslegung nur dann verwertet werden, wenn Zweifel zu beseitigen sind. Das treffe hier nicht zu, da nach dem Gesetz jeder Unterhaltspflichtige unter gewissen Voraussetzungen strafrechtlich belangt werden soll. Außerdem sei die Unterhaltspflicht des außerehelichen Vaters gegenüber dem Kinde eine reine Unterhaltspflicht. Sie sei im Familienrecht geregelt und entspringe nicht etwa einem Delikt, sondern einem insoweit anerkannten Verwandtschaftsverhältnis. Und daß der Unterhalt in Form einer Geldrente entrichtet wird, finde sich nicht nur hier, sondern sei auch in den §§ 1612, 1361 BGB und anderen der Fall, in Fällen, in denen man nicht zweifeln kann, daß es sich um eine familienrechtliche Unterhaltspflicht handelt.

46) OLG Kiel. v. 21. 2. 14; Schlesw. Holst. Anz. 1914, S. 111.

47) R. Weyl, Der Jugendliche i. Recht, Berlin 1932, 8. Abschn. Kap. 1, § 29, I, 8, S. 78.

48) Beide Worte sind auch im Text bei Weyl gesperrt gedruckt.

49) KG I. Strafsenat vom 22. Dez. 1922 in JW 1924, S. 329, Nr. 6 = ZStW 44 (1924), S. 468.

Die Entstehungsgeschichte könne auch anders ausgelegt werden, als dies das KG in seinen früheren Entscheidungen getan hat. Aus den Anträgen Gröber und Spahn könnte nämli ch vielmehr gefolden Anträgen Gröber und Spahn könnte nämlich vielmehr gefolgert werden, daß die Beschränkung der Unterhaltspflicht auf solche gegen Familienangehörige gerade nicht Gesetz geworden ist. Die Meinung, daß die Unterhaltspflicht des außerehelichen Vaters nicht unter § 361 falle, sei abzulehnen. Vielmehr könne man aus der Entstehungsgeschichte entnehmen, daß der Kreis der unterhaltspflichtigen Personen nicht fest umgrenzt worden, vielmehr der Zivilgesetzgebung vorbehalten sei. Das BGB habe die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters aber als eine familienrechtliche geregelt.

Vor allem aber erfordere Art. 121, Weim. Verf. die völlige Gleichstellung der unehelichen Kinder mit den ehelichen. Art. 121 enthalte zwar keine Änderung der bestehenden Gesetze. Hier aber könne er als Richtlinie für die Auslegung verwendet werden. Diese Auslegung unter Anwendung des Art. 121 sei auch mit dem Wortlaut des § 361 StGB durchaus vereinbar. Würde man bei der alten Rechtsprechung des KG verharren, so würde man es dem unehelichen Kind sehr fühlbar machen, daß sein Unterhaltsanspruch strafrechtlich nicht geschützt ist. Man würde dem unehelichen Kinde — was in Widerspruch zu Art. 121 RV stände — nicht die gleichen Bedingungen für die leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung schaffen, wollte man dem Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes den strafrechtlichen Schutz versagen, während das eheliche Kind die Erfüllung seines Unterhaltsanspruches durch Strafdrohung leichter erwirken könne.

Diesen Erwägungen hat sich auch der II. Strafsenat des KG nicht verschließen können[50]). Ausdrücklich wird betont, daß der Unterschied, den die frühere Rechtsprechung machte, im Gesetz keine Stütze finde und daß die alte Rechtsprechung zu Art. 121 in Widerspruch stünde.

Im Anschluß an diese Entscheidungen hat nun auch das OLG Düsseldorf[51]) seine frühere Meinung aufgegeben unter derselben Begründung wie das KG.

Seitdem ist im Schrifttum und Rechtsprechung einhellige Meinung, daß der außereheliche Vater bei Verletzung seiner Unterhaltspflicht ebenfalls unter die Strafbestimmung des § 361 fallen kann. — Dieselben Gesichtspunkte gelten auch für die Verletzung der Unterhaltspflicht des Ehegatten nach der Scheidung (§§ 1578 ff.), nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1586 BGB), auch für die Verletzung der Unterhaltspflicht gegenüber dem für ehelich erklärten Kinde (§ 1739), dem unehelichen Kind aus nichtiger Ehe (§ 1703), und des Annehmenden gegenüber dem angenommenen Kinde (§ 1766).

50) KG Urteil v. 25. 10. 24. — 2 S. 278/24 — i. JW 1925, S. 390 Nr. 1.
51) Urteil v. 11. 3. 25 i. Goltd. Arch. 70, (1926) S. 77 (Dazu Berichtigung S. 157 a.a.O.) und JRdsch. I, Nr. 636.

Die Frage ist aber anhand der Verletzung der Unterhaltspflicht gegenüber dem außerehelichen Kinde geklärt worden, weil diese Fälle die in der Präxis häufigsten sind, und, was die Gründe des KG anlangt, (Familienangehörigkeit, Hausgemeinschaft, Verwandtschaft u. a.), die extremsten Fälle. Denn die eben geschilderten Personen stehen alle dem Unterhaltspflichtigen näher als das uneheliche Kind dem unehelichen Vater. Trifft aber unsere Strafbestimmung auf den unehelichen Vater zu, um wievielmehr müssen sie die eben genannten Fälle einschließen!

Würde Verfasser aber argumentiert haben, daß z. B. die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem für ehelich erklärten Kinde (§ 1739 BGB) unter die Strafbestimmungen des § 361 fällt, so wäre damit nicht ohne weiteres erwiesen, daß auch die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters, der zu seinem unehelichen Kinde entfernter steht, unter diese Strafbestimmungen fällt.

2. Welchen Einfluß hat ein rechtskräftiges Zivilurteil auf die „Verpflichtung" zum Unterhalt?

Die Unterhaltspflicht bestimmt nach Art, Umfang, Berechtigten und Verpflichteten das BGB.

Daß eine rechtskräftige Entscheidung über die Unterhaltspflicht vorliegt, ist nicht immer erforderlich, besonders nicht beim unehelichen Vater; die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters ist unabhängig von einer rechtskräftigen Verurteilung[1]). Ebenso ist nicht notwendig, daß der unterhaltspflichtige Vater des unehelichen Kindes beim Vormundschaftsgericht die Vaterschaft anerkannt hat; auch stellt das Gesetz nicht die Anforderung, daß zuvor vergeblich die Zwangsvollstreckung gegen den Unterhaltspflichtigen hätte versucht sein müssen.

Denn der uneheliche Vater wird nicht erst infolge eines ihm zur Leistung einer Unterhaltsrente verurteilenden Erkenntnisses unterhaltspflichtig, sondern er ist unterhaltspflichtig, weil und sobald er Vater ist, d. h. mit der Geburt des Kindes[2]).

Anders ist es z. B. bei der Unterhaltspflicht der geschiedenen Ehegatten. Hier tritt die Verpflichtung des einen Ehegatten, Unterhalt zu gewähren, erst durch das Scheidungsurteil ein, weil es sich hier — im Gegensatz zu dem deklaratorischen Urteil im Unterhaltsrechtsstreit des unehelichen Kindes — um ein konstitutives, Rechte erzeugendes Urteil handelt.

Da die Frage, wann jemand unterhaltspflichtig ist, sich nach bürgerlichem Recht bestimmt, soll sie hier nicht erörtert werden. Ob eine Unterhaltspflicht vorliegt, ob also jemand unterhaltspflichtig ist, oder nicht, entscheidet der Strafrichter nach § 262, Abs. 1 StPO.

1) So allg. Ansicht, besonders OLG Karlsruhe, 8. 11. 09 i. Bad. Rechtspraxis Bd. 76, S. 71 und OLG Colmar 25. 9. 06 i. Els. Lothr. Ztschr. Bd. 33 (1908) S. 268 u. a.

2) Staudinger, Kommentar zum BGB, § 1708.

Mit dieser Frage eng in Zusammenhang steht die Frage, inwieweit der Strafrichter bei der Beurteilung der Unterhaltspflicht an ein ergangenes rechtskräftiges Zivilurteil gebunden ist, das entweder die Klage auf Leistung von Unterhalt abgewiesen hat, oder den Beklagten verurteilt hat.

Solange ein Unterhaltsanspruch nicht besteht und dies in einem der materiellen Wahrheit entsprechenden rechtskräftigen Urteil festgestellt ist, besteht kein Zweifel. Ebenso in dem Falle nicht, in dem ein materiell richtiges Zivilurteil die bestehende Unterhaltspflicht deklarativ feststellt.

Zweifel sind erst in folgenden beiden Fällen möglich:

A ist gegenüber dem B zum Unterhalt verpflichtet, da er der Vater des unehelichen B ist. Das Zivilurteil hat den Anspruch des B gegen den A aber rechtskräftig abgewiesen, weil, wie sich später herausstellte, A einen Meineid geleistet hat. Die deshalb mögliche Restitutionsklage[3]) ist nicht erhoben worden, das falsche Urteil bleibt bestehen. Ist A zum Unterhalt verpflichtet im Sinne des § 361 StGB oder nicht?[4])

Der zweite Fall:

A ist gegenüber dem B nicht unterhaltspflichtig, weil er nicht Vater des unehelichen B ist. Ein — wie sich jetzt herausstellt — materiell unrichtiges Zivilurteil hat ihn für unterhaltspflichtig erklärt, weil er die Vermutung des § 1717 BGB nicht widerlegen konnte, oder weil ein Versäumnisurteil gegen ihn rechtskräftig wurde. Jetzt steht fest, daß er nicht der Vater des B ist. Ist er trotzdem im Sinne des § 361 zu dessen Unerhalt verpflichtet?

Auf diese Frage scheint § 262 Abs. 1 StPO eine Antwort zu geben: „Hängt die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlich-rechtlichen Verhältnisses ab, so entscheidet das Strafgericht auch über dieses, nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften."

Der Grundsatz ist der, daß der Strafrichter selbständig über bürgerliche Rechtsverhältnisse entscheidet, und zwar, indem er nach den in Strafsachen geltenden Vorschriften Verfahren und Beweis gestaltet. Die Frage hängt also mit der Bindung des Strafrichters an ein Zivilurteil zusammen.

Zweifel sind deshalb möglich, weil es eine dem § 14 EinfGes. z. ZPO[5]) entsprechende Vorschrift in der StPO nicht gibt. Inwieweit die Existenz eines Zivilurteils für den Strafrichter von Bedeutung ist, hat das Gesetz nicht gesagt.

Es haben sich daher die verschiedensten Meinungen gebildet. Der ganze Fragenkomplex soll hier aber nur insoweit berührt werden, als es für unsere Frage wichtig ist.

3) §§ 580 Ziff. 1 und 3, 581, 586 Abs. 1 und 2 ZPO.

4) OLG Dresden, 3. April 1912 in Goltd. Arch. Bd. 61, S. 370.

5) „Außerkraft treten insbes. 1. die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Zivilrichter."

Die einen nehmen eine Bindung des Strafrichters nicht an[6]), d. h. sie meinen, trotz rechtskräftiger Verurteilung durch das Zivilgericht (Fall 2) sei A dem B gegenüber nicht zum Unterhalt verpflichtet, bzw. (Fall 1) A sei doch zum Unterhalt verpflichtet, auch wenn er ein rechtskräftiges Zivilurteil für sich hat, was ausdrücklich feststellt, eine Unterhaltspflicht bestehe für ihn nicht.

Diese Meinung führt dahin, daß der Strafrichter im Gegensatz zu dem Zivilrichter die Unterhaltspflicht nicht als vorliegend ansieht, und der Anspruch, den der B gegen den A hat und dessen Erfüllung er mit zivilprozessualen Mitteln erzwingen kann, trotz der Vorschrift des § 361 strafrechtlich ungeschützt bleibt; im anderen Falle, in dem das Zivilurteil die Klage rechtskräftig abweist, eine strafrechtliche Verurteilung aus § 361 wegen Verletzung der Verpflichtung, Unterhalt zu leisten, nichts im Wege stünde, da der Strafrichter an das Zivilurteil nicht gebunden ist. Hiernach wäre es anscheinend denkbar, daß — sofern § 262 StPO hier zum Zuge kommt, — der Strafrichter in einem Strafprozeß entgegen dem den Anspruch zusprechenden Zivilurteil die Unterhaltspflicht als nicht vorliegend ansieht, und der Anspruch, den der B gegen den A hat, und dessen Erfüllung er mit zivilprozessualen Mitteln erzwingen kann, trotz der Vorschrift des § 361 strafrechtlich ungeschützt bleibt. Im Verfolg dieser Meinung stände im anderen Falle, in dem das Zivilurteil die Klage rechtskräftig abweist, einer strafrechtlichen Verurteilung aus § 361 Ziff. 5 nichts im Wege, da der Strafrichter an das Zivilurteil nicht gebunden ist, sondern die materielle Wahrheit erforscht.

Diese Meinung geht — unter Führung des RG (Urt. v. 5. Okt. 1886, RG Bd. 14, S. 364, 374) — davon aus, daß eine Bindung des Strafrichters schon deshalb nicht in Betracht kommen könne, weil das Ergebnis der Verhandlung, das Urteil, auf ganz andere Art und Weise zustande kommt. Während der Strafrichter die materielle Wahrheit erforschen muß, also das, was wirklich wahr ist, wird im Zivilprozeß lediglich formelle Wahrheit gefunden, d. h. das ist wahr, was die Parteien auf Grund ihres Vorbringens als wahr haben wollen. Die Parteien erforschen aber die — für den Strafrichter als Grundlage des Strafurteils unbedingt notwendige — materielle Wahrheit nicht immer[7]).

Das gilt besonders in den uns interessierenden Fällen. Das Urteil über die Unterhaltspflicht kann durch Anerkenntnis zustande

6) RG Bd. XIV, S. 364 (374); Bay. OLG v. 2. Juni 1921 in LZ, 1921, 757; OLG Naumburg 5. Dez. 28, in LZ 24 (1930) S. 1011 Nr. 3; LG Berlin, 3. Mai 35. Rdbrf. ADB Bd. XI, S. 89; Burghart in ZHeimW 34. (1929), S. 275; Schorn, JRdsch. Bd. VII, 1931, S. 25 ff. und VIII, 1932, S. 241 ff. (244); OLG Celle, 20. 2. 22. in ZStW 45 (1925), S. 479 ff.; Loewe-Rosenberg, Kom. z. Strafprozeßordnung, 19. Aufl. 1934 im Gegensatz zur 18. Aufl. 1929 zu § 262 N. 6.

7) Denn die Parteien machen meist von ihren prozessualen Befugnissen, insbesondere von denen ihnen zur Verfügung stehenden Beweismitteln, keinen ausreichenden Gebrauch.

kommen, ohne daß damit die materielle Wahrheit erfaßt ist. Es kann ferner als rechtskräftiges Versäumnisurteil ergehen, wenn kein Einspruch erhoben wird. Infolge dieser Anwendung zivilprozessualer Mittel kommt das Urteil anders zustande als es § 262 Abs. 1 StPO — „nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften" — erfordert.

Dazu kommt folgendes: Das zivilrechtliche Urteil über die Unterhaltspflicht kommt in jenem Falle zustande infolge einer Vermutung (§ 1717 BGB). Das zivilprozessuale Verfahren erspart dem Zivilrichter den oft sehr schwierig zu erbringenden Beweis, daß das uneheliche Kind von dem jetzt auf Zahlung in Anspruch genommenen Beklagten abstammt, und läßt eine Verurteilung schon dann zu, wenn der jetzt in Anspruch genommene der Mutter innerhalb der gesetzmäßigen Empfängniszeit beigewohnt hat.

Die Unterhaltsverpflichtung besteht aber nach § 1708 BGB auf Grund der insoweit anerkannten Verwandtschaft zwischen Vater und Kind. Diese blutsmäßige Verwandtschaft wird aber im Zivilprozeß gar nicht festgestellt. Denn auch der, der den stattgefundenen Mehrverkehr nicht erweisen kann, wird auf Grund der Vermutung des § 1717 BGB verurteilt, ohne daß festgestellt wird, daß er auch in Wirklichkeit Erzeuger des Kindes ist. Ebenso wird auf Grund der Vermutung des § 1717 derjenige Erzeuger nicht verurteilt, der den Mehrverkehr erweisen kann, was aber nicht ausschließt, daß er selbst der Erzeuger ist.

Diese Vermutungen gelten jedoch nicht für das Strafverfahren. Hier hat der Strafrichter die materielle Wahrheit zu erforschen. Da aber der Rechtsgrund der Unterhaltspflicht die Verwandtschaft ist, so muß — so nimmt diese Meinung, insbesondere OLG Celle [7a]), an — der Strafrichter diese nach § 262 Abs. 1 StPO nach den im Strafverfahren geltenden Vorschriften selbst prüfen [8]).

„Im Strafprozeß wird der Grund der Unterhaltspflicht, das gesetzliche Verwandtschaftsverhältnis nach den im Strafprozeß geltenden Vorschriften ermittelt" (OLG Celle a.a.O.).

Dem schließt sich auch Olshausen [9]) an. Allerdings nimmt er eine Bindung des Strafrichters an ein Zivilurteil an, wenn der Unterhaltsanspruch abgewiesen ist, weil er sich dann nicht mehr erzwingen lasse und deshalb strafrechtlich ungeschützt bleiben muß.

Die Vertreter dieser Meinung, insbesondere Schorn [10]), wollen hier die „Rechtseinheitsidee vor der Gerechtigkeitsidee zurücktreten lassen". Das folge auch aus der Selbständigkeit des Zivilrichters und Strafrichters in ihren Gebieten.

7a) Urt. v. 20. 2. 22 in ZStW 45 (1925) S. 479 ff.

8) „Der Strafrichter muß dies auch dann selbständig prüfen, wenn der Zivilrichter es schon geprüft hat". Denn dieser prüft es nur, insoweit es erforderlich war, und nur mit zivilprozessualen Mitteln. OLG Celle a.a.O.

9) Komm. z. StGB, 11. Aufl. 1927 Note b. S. 2003.

10) JRdsch. Bd. VII, (1931), S. 25 ff., S. 28.

Das folge aber auch aus der Gesetzestechnik: Es sei unverständlich, daß man den Zivilrichter an ein Strafurteil nicht binde, wohl aber den Strafrichter an ein Zivilurteil. Schließlich sei anerkannten Rechtes, daß der Strafrichter nicht einmal an Strafurteile gebunden ist, die denselben Sachverhalt behandeln. Die Rechtssicherheit sei aber bei Nichtbeachtung des Zivilurteils nicht weniger gefährdet als bei Nichtbeachtung des Strafurteils.

Schorn setzt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung allem voran.

Auch OLG Naumburg[11]) meint, man sei im Sinne des § 361 StGB zum Unterhalt noch nicht verpflichtet, wenn man rechtskräftig verurteilt sei. Vielmehr müsse — in dem dort vorliegenden Falle — die Vaterschaft des Angeklagten festgestellt werden; ob der Angeklagte aber nach der Bestimmung des BGB Vater des unterhaltsberechtigten unehelichen Kindes sei, habe der Strafrichter selbständig und unabhängig von einem etwa ergangenen Zivilurteil nach den für das Verfahren und für den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften festzustellen. Der Strafrichter muß also prüfen, ob nach dem Gesetz der Angeklagte als Vater des Kindes anzusehen ist, und ob insbesondere die seine Vaterschaft ausschließende Bestimmung des § 1717 BGB zur Anwendung kommt, nach der die Vaterschaft nicht entsteht, wenn ein anderer der Kindesmutter während der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt hat.

Die Billigkeitserwägung, die Bretzfeld[12]) für seine Meinung bringt, kann nicht als entscheidend anerkannt werden. Denn genau so „ungerecht" wie eine Strafe ist in diesem Falle die Vollstreckung. Dieser kann der Minderjährige auch nichts entgegensetzen.

Die Rechtsprechung hat sich aber mehr und mehr dahin entschieden, daß durch ein materiell unrichtiges Urteil jemand im Sinne des § 361 StGB verpflichtet ist, Unterhalt zu leisten, bzw., daß jemand nicht verpflichtet ist, den Unterhalt zu leisten, gegen den im Zivilprozeß die Klage abgewiesen ist.

Auf diesem Standpunkt steht heute die herrschende Meinung[13]).

Aber diese Meinungen weichen untereinander wieder sehr voneinander ab.

---

11) Urt. vom 5. Dez. 1928 i. LZ 24, (1930), Sp. 1011 Nr. 3.

12) Ein Minderjähriger wird als unehelicher Vater in Anspruch genommen. Sein Vormund führt den Rechtsstreit und anerkennt den Anspruch. Es ergeht Anerkenntnisurteil. Nach erfolgter Volljährigkeit zahlt er nicht mehr. In einem nach § 361 StGB anhängigen Strafverfahren stellt sich heraus, daß der damals Minderjährige, jetzt Angeklagte nicht der Vater sein kann. Soll das Zivilurteil bindend sein? Nein! So Bretzfeld in Bay. Ztschr., 1911, S. 417.

13) OLG Dresden v. 3. April 1912 in Goltd. Arch. Bd. 61, S. 370; OLG Dresden 7. Sept. 1933 in Rdbrf. ADB X (1934/35) S. 141; OLG Celle v. 23. Sept. 1927 in Rdbrf. ADB IV (1928) S. 188 = Jur. Rdschau (HRR) IV (1928) Nr. 92; (im Gegensatz zu OLG Celle v. 20. 2. 22 in ZStW 45 (1925) S. 479 ff.) Bay. OLG v. 10. Juni 1929 in Bay. OLG Entsch. Bd. 29, S. 110 = Rdbrf. ADB V 193 = DJZ 1929 S. 1484; OLG Karlsruhe v. 22. Mai 1930 in Bad. Rechtspr. 32 (1930) S. 81 Nr. 21; OLG Rostock 11. 3. 27 in Meckl. Zeitschr. 43 (1927) S. 599/600; OLG Darmstadt v. 20. 3. 31 in Hess. Rechtspr.

Zunächst unterscheidet die herrschende Meinung zwischen deklaratorischen und konstitutiven Urteilen. Diese sollen den Strafrichter binden, da sie neues Recht schaffen, deklaratorische dagegen nicht. Auch herrscht keine einheitliche Auffassung darüber, ob ein konstitutivesoder deklaratorisches Urteil vorliegt.

Einen anderen Unterschied macht Ullmann und Wurzer[14]). Diese meinen, der Strafrichter sei dann „gebunden, wenn das Strafgesetz gerade dieses bestimmte zivilrechtliche Verhältnis schützen will, wenn es als dies bestimmte Rechtsverhältnis zu den Tatbestandsmerkmalen der in Betracht kommenden Straftat gehört". Das soll aber nur da gelten, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die durch Willenserklärungen der Beteiligten begründet oder abgeändert werden können. Wo aber das Rechtsverhältnis durch objektive Ereignisse wie Zeugung oder Geburt begründet wird, kann die Existenz eines vor der Begehung der strafbaren Handlung ergangenen zivilgerichtlichen Urteils keinen Einfluß auf die Entscheidung des Strafrichters ausüben.

Alle diese Streitfragen, insbesondere inwieweit die gemachten Unterschiede begründet sind, zu klären, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Hier soll die Frage nur insoweit untersucht werden, als sie für unsere Fälle in Betracht kommt.

Für unseren besonderen Fall ist folgendes beachtenswert: Unsere Strafvorschrift ist eigens dazu da, um die Erfüllung feststehender Unterhaltsansprüche zu gewährleisten.

Wir wollen ausgehen von dem Fall, daß A verpflichtet ist, Unterhalt zu leisten, ein rechtskräftiges materiell-unrichtiges Urteil aber die Klage auf Unterhalt abgewiesen hat[15]). Ist in diesem Falle der A im Sinne unserer Vorschriften v e r p f l i c h t e t, dem B Unterhalt zu leisten?

Durch dieses Urteil ist das Recht des B auf Unterhalt nicht vernichtet. Es stand jedoch bei Rechtskraft des Urteils für beide Teile bindend fest, daß der erhobene Unterhaltsanspruch nicht besteht. Jetzt wird gegen den A Anklage erhoben aus § 361 StGB, da er seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt. Der Strafrichter ist an das Zivilurteil nicht gebunden. Der Angeklagte A kann sich also nicht ohne weiteres auf das ihm zur Seite stehende rechtskräftige Zivil-

---

31, Sp. 156; OLG Naumburg v. 16. 1. 1935 in Rdbrf. ADB XI S. 46; KG 29. 9. 28 in DRZ 1928 Nr. 951 und KG i. DJZ 1929 Sp. 185; AG Treuen v. 17. 5. 33 in Rdbrf. ADB X (1934/35) S. 139 f.

O. Schwarz Kommentar z. StGB, Berlin 1933, zu § 361 Nr. 10 (S. 496/497); A. Eisner a.a.O. S. 41; Weitpert i. Bl. f. öff. Fürsorge XVII (1932) S. 165 f.; Burghart ZHeimW 34 (1929) S. 257 neigt dazu; Graf Dohna Strafprozeßrecht 2. Aufl. S. 107; Gerland, der deutsche Str. Prozeß 1927 S. 380 (§ 101 II 2 b), Leipz. Komm. N. 5 u. a.

14) E. Ullmann, Lehrb. d. Dt. St. Proz. R., München 1893, S. 295; Wurzer i. „Ger. Saal" 89 (1924) S. 106 ff., S. 116.

15) Sachverhalt, der dem Urteil des OLG Dresden vom 3. April 1912 in Goltd. Arch. 61, S. 370 zugrunde liegt.

urteil berufen, da es die bestehende Unterhaltspflicht nicht vernichtete.

Andererseits kann jedoch nicht dahin entschieden werden, daß das Strafgericht in diesem Strafprozeß entscheiden könnte, daß der A zum Unterhalt verpflichtet sei.

Das Urteil ist formell rechtskräftig, d. h. ein Gericht kann von dieser Entscheidung nicht mehr abweichen. Würde man anders entscheiden, so würde man zu der nicht zu billigenden Folge kommen, daß der mit seinem Unterhaltsanspruch im Zivilprozeß abgewiesene B dieses rechtskräftige Urteil praktisch dadurch wirkungslos machen könnte, oder die Rechtskraft zum mindesten dadurch einschränken könnte, daß er durch ein Strafgericht mittelbar über seinen Anspruch ein anders lautendes Urteil herbeiführt. Er würde die Rechtskraft umgehen können.

Aber noch aus einem anderen Grunde, der in unserer Strafvorschrift begründet ist, muß man annehmen, daß bei materiell unrichtigem klagabweisendem Zivilurteil der Schutz des § 361 versagt.

Unsere Strafvorschrift hat den Zweck, privatrechtliche Unterhaltspflichten durch eine Strafandrohung zu verstärken. Voraussetzung ist also, daß privatrechtliche Unterhaltspflichten unerfüllt geblieben sind, deren Erfüllung gesichert werden soll durch Verhängung öffentlicher Strafe gegen den Säumigen. Es ist ausgeschlossen, daß in dem oben geschilderten Falle die Strafvorschrift zur Anwendung kommen kann. Denn es wäre widersinnig, wenn die „Ansprüche" strafrechtlich geschützt sein würden, deren Erfüllung zivilrechtlich infolge der Rechtskraft des Urteils nicht erzwungen werden kann. Es muß vielmehr angenommen werden, daß das öffentliche Recht hier das Privatrecht ergänzen will, und daß unsere Rechtsordnung als Ganzes gesehen einen Widerspruch dahingehend nicht habe herbeiführen wollen, daß ein „Anspruch", der mit Mitteln der ZPO nicht verwirklicht werden kann, durch Strafandrohung geschützt wird.

Denn das Strafrecht kann nicht dazu dienen, mittelbar eine Zivilrechtslage zu erzwingen, die mit jener Zivilrechtslage, wie sie durch ein Zivilrechtsurteil festgesetzt ist, in Widerspruch steht.

Das wäre aber hier der Fall, wollte man der anderen Ansicht folgen. Denn zivilrechtlich ist die Unterhaltspflicht nicht erzwingbar, weil das rechtskräftige Urteil entgegensteht. Trotzdem besteht — nach jener Ansicht — eine Unterhaltspflicht, die der Pflichtige verletzt. Obwohl er also seine Unterhaltspflicht nicht zu erfüllen braucht, so wird er doch bestraft. Das würde aber — wenn die andere Ansicht zutreffend wäre — zu folgendem nicht wünschenswerten Ergebnis führen:

A ist Vater des unehelichen B. Er wird aber rechtskräftig durch materiell unrichtiges Zivilurteil freigesprochen. Er erfüllt seine Unterhaltspflicht nicht. Mit Mitteln des Zivilrechts kann gegen ihn nichts unternommen werden: Das rechtskräftige Zivilurteil steht ihm zur Seite. Dieses schützt ihn aber nicht vor Strafe. Er wird,

wenn er sich der Unterhaltspflicht im Sinne des § 361 StGB entzieht, nach jener Ansicht bestraft, obwohl er sich jenem Urteil gemäß verhalten hat. Nach Abbüßung seiner Haft oder Zahlung seiner Geldstrafe leistet er wieder keinen Unterhalt, da er ja zivilrechtlich dazu nicht verpflichtet ist. In einem neuen Strafverfahren wird er jedoch wieder verurteilt. Um dem zu entgehen, leistet er jetzt den Unterhalt — obgleich ihm im Zivilurteil bescheinigt ist, er brauche Unterhalt nicht zu leisten — um mit dem Strafgesetzbuch nicht in Konflikt zu kommen.

In solchen Fällen würde das Strafrecht dazu dienen, mittelbar die Erfüllung der Unterhaltspflicht zu erzwingen. Das ist aber nicht der Sinn unserer Strafvorschrift. Vielmehr will unsere Strafvorschrift erreichen, daß eine bestehende, erzwingbare Unterhaltspflicht, die bisher zu Unrecht unerfüllt geblieben ist, jetzt erfüllt wird.

Dasselbe gilt natürlich in entsprechendem Maße von dem anderen Fall, in dem Zivilurteil und materielle Wahrheit auseinander gehen. Die zweite Möglichkeit war die: A ist im Zivilrechtsstreit für unterhaltspflichtig erklärt, z. B. weil er im Ehescheidungsprozeß für schuldig angesehen wurde, oder weil er als der außereheliche Vater angesehen wurde. Aber er ist gar nicht unterhaltspflichtig, weil das Urteil nicht der materiellen Wahrheit entspricht[16]).

Auch in diesem Falle führen die beiden oben dargelegten Erwägungen zum Ziel. In diesem Falle steht zwischen A und B in einer beide bindenden Weise fest, daß der Anspruch begründet ist, auch wenn das Urteil materiell unrichtig ist. Hier kommt § 262 StPO gar nicht zur Anwendung. In diesem zweiten Fall, daß A zwar zur Unterhaltsleistung rechtskräftig verurteilt ist, in Wirklichkeit aber gar nicht unterhaltspflichtig ist[17]), muß der Zweck der Strafvorschrift für die Beantwortung der Frage nach der Bindung des Strafrichters ausschlaggebend sein. Deshalb nimmt die überwiegende Meinung insoweit auch die Bindung des Strafrichters an das Zivilurteil an, weil § 361 StGB gerade den Zweck hat, erzwingbare Unterhaltspflichten zu schützen[18]).

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß in § 361, wie festgestellt, nur die gesetzlichen Unterhaltsansprüche geschützt werden, nicht aber auch diejenigen, die durch Urteil festgesetzt sind. Denn damit sollen nur die auf Vertrag oder sonstigem Rechtsgeschäft oder auf unerlaubter Handlung beruhenden Unterhaltspflichten ausgeschlossen werden; die Beschränkung, die die

---

16) KG v. 29. Sept. 1928 in DRZ 20 (1928) Rspr. S. 425, Nr. 951 = Recht, 33 (1929) S. 161 Nr. 660 und S. 30 der Arbeit.

17) z. B. auf Grund eines Versäumnisurteils, Anerkenntnisurteils durch gesetzl. Vertreter bei minderjährigem Beklagten oder dadurch, daß er die Vermutung des § 1717 BGB nicht widerlegen konnte.

18) OLG Karlsruhe, 22. Mai 1930, Bad. R. Prax. 1930, S. 81 Nr. 21, wo die Unterhaltspflicht durch Versäumnisurteil festgestellt war.

herrschende Meinung[19]) macht, bezieht sich nicht auf die gerichtlich festgestellten gesetzlichen Unterhaltspflichten[20]).

Das gilt auch, wenn man annimmt, daß das Urteil nur prozessuale Wirkung hat. Denn auch in diesem Falle sind die Parteien an das Urteil gebunden. A muß also nach dem Urteil Unterhalt leisten. Das Urteil hat keinen neuen Rechtsgrund der Unterhaltspflicht geschaffen. Aber warum muß A Unterhalt leisten und bei Nichtzahlung trotz des unrichtigen Urteils die Zwangsvollstrekkung über sich ergehen lassen, wenn er nicht verpflichtet wäre? Es erscheint als Wortklauberei, wollte A sagen: Ich bin nicht verpflichtet, Unterhalt zu zahlen, denn ich bin nicht Vater des unehelichen B. Aber ich muß doch Unterhalt leisten, und wenn ich nicht leiste, so muß ich mir die Zwangsvollstreckung gefallen lassen.

Das Urteil verpflichtet ihn streng genommen nicht, aber es stellt, auch wenn es unrichtig ist, seine Verpflichtung, Unterhalt zu leisten, in einer beide Parteien bindenden Weise fest.

Das Kammergericht[21]) nimmt allerdings an, daß er im Sinne des § 361 StGB „ohne weiteres verpflichtet ist, wenn der Täter zur Unterhaltsleistung rechtskräftig verurteilt ist". § 361 soll, wie gezeigt, die Erfüllung der durch Urteil festgestellten gesetzlichen Unterhaltspflicht „mit Mitteln öffentlichen Zwanges, und zwar durch Straffolgen" schützen[22]).

Falsch allerdings Weitpert[23]), der sagt, daß sich „alle obersten Gerichte im Laufe der Zeit der Auffassung angeschlossen haben, daß zivilrechtliche Entscheidungen bei Anwendung des § 361 StGB nicht als bloße Beweismittel, sondern als Rechtstatsachen zu erachten sind". Das nehmen die Gerichte nicht an. Sie nehmen nur mit Recht an, daß man dann zum Unterhalt verpflichtet sei, wenn die erzwingbare Unterhaltspflicht vom Zivilrichter als bestehend festgestellt ist, und daß eine Unterhaltspflicht im Sinne des § 361 StGB nicht besteht, wenn sie nicht erzwingbar ist. Das leiten die Gerichte nicht her aus der Bindung des Strafrichters, sondern aus dem Zweck des § 361 StGB, durch Androhung von Strafe, die Erfüllung der Unterhaltspflichten zu sichern, die auch mit zivilprozessualen Mitteln erzwingbar sind.

Aber auch der Unterschied zwischen dem Zivilprozeß und dem Strafprozeß, den besonders das Reichsgericht[24]) für ausschlaggebend hält, kann für unseren Fall nicht in Betracht kommen. Gegen die Bindung des Strafrichters an ein Urteil des Zivilrichters

19) Im Gegensatz zu OLG Hamburg vom 28. Jan. 1897 in Goltd. Arch. Bd. 45, S. 294; vgl. S. 21 der Arbeit.

20) OG Karlsruhe a.a.O. und OLG Celle vom 23. Sept. 27 in Rdbrf. ADB IV, (1928), S. 188.

21) KG vom 29. Sept. 1928 in DRZ 20 (1928) Rechtsprechung Sp. 425 Nr. 951.

22) OLG Karlsruhe v. 22. Mai 1930. In Rad. R. Prax. 1930, S. 81 Nr. 21.

23) Die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht in Bl. f. öff. Fürs. Bd. 17 (1932), S. 165 ff.

24) RG Bd. 14 S. 374 und S. 31 d. Arb.

wird vor allem geltend gemacht, daß der Strafprozeß von anderen Grundsätzen beherrscht wird. Der Strafrichter soll die materielle Wahrheit erforschen. Im Zivilprozeß war evtl. die materielle Wahrheit nicht erforscht, es konnte trotzdem Urteil ergehen.

Dieser Unterschied kann für unseren Fall nicht ausschlaggebend in Betracht kommen.

Das rechtskräftige Zivilurteil stellt seine Unterhaltspflicht fest und damit ist dem Erfordernis des § 361 Genüge geleistet. Zwar wird im Zivilprozeß die Vaterschaft nur auf Grund der Vermutung des § 1717 BGB festgestellt. Ob der A auch wirklich der Erzeuger des unehelichen B ist, wird im Zivilprozeß nicht festgestellt. Nach dem im Zivilprozeß herrschenden Grundsatz wird bei tatsächlich stattgefundenem, aber nicht erwiesenem Mehrverkehr der Beklagte zur Unterhaltsleistung verurteilt, obwohl er nicht der Erzeuger ist, sondern ein anderer, dessen Verkehr er nicht erweisen kann. Andererseits wird bei tatsächlichem und erwiesenem Mehrverkehr eine Unterhaltsklage gegen den Beklagten abgewiesen. selbst wenn er der Erzeuger ist, weil z. B. auch andere neben ihm mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt haben. Wäre zur Bestrafung aus § 361 StGB erforderlich, daß seine wirkliche Vaterschaft feststeht, so wäre es schlechterdings unmöglich, den Strafrichter an das Zivilurteil zu binden, an ein Zivilurteil, welches die, wenn man dieser Ansicht folgt, rechtserhebliche Tatsache der Erzeugung und Geburt nur auf Grund einer Vermutung feststellt. Das wäre allerdings mit dem Wesen des Strafprozesses nicht zu vereinbaren.

Indessen wid diese Feststellung vom Gesetz auch gar nicht gefordert. § 361 StGB erfordert nicht, daß die Vaterschaft festgestellt wird, sondern nur, daß er zum Unterhalt verpflichtet ist. Zum Unterhalt verpflichtet ist aber auch der, der zwar nicht Vater ist, aber die Vermutung des § 1717 BGB nicht hat widerlegen können. Es kommt also nicht darauf an, weder zivilrechtlich noch strafrechtlich, daß er wirklich Vater des Kindes ist, sondern nur darauf, daß er unterhalts p f l i c h t i g ist. Die Unterhaltspflicht wird — zwar nicht begründet, aber — festgestellt durch ein rechtskräftiges Zivilurteil.

Auch wenn sich im Strafprozeß oder auf andere Weise ergibt, daß der Unterhaltspflichtige nicht Erzeuger des unehelichen Kindes ist, so hat das auf die Unterhaltspflicht wegen der Rechtskraft des Urteils gar keinen Einfluß, er müßte weiterhin Unterhalt leisten. Warum? Weil er zwar nicht Erzeuger des Kindes ist, aber weil das rechtskräftige Zivilurteil seine Unterhaltspflicht festgestellt hat. Wenn er den tatsächlich stattgefundenen Mehrverkehr nicht erweisen kann, ist er nach bürgerlichem Recht v e r p f l i c h t e t, Unterhalt zu zahlen.

Den Beweis seiner Vaterschaft verlangt das Zivilurteil nicht. Es ergeht auf Grund einer Vermutung oder gar als Versäumnisurteil. Trotzdem wird er in zivilrechtlichem Sinne als verpflichtet erklärt.

Den Beweis, daß er Erzeuger ist, verlangt aber auch die Anwendung unserer Strafvorschrift nicht, sondern zu deren Anwendung genügt die Feststellung der Unterhaltspflicht. Denn wann jemand unterhaltspflichtig im Sinne unserer Strafvorschrift ist, bestimmt sich nach dem BGB. Danach ist die Unterhaltspflicht aber, wie gezeigt, nicht abhängig von der materiell-wahren Vaterschaft (§ 1717 BGB).

Die Unterhaltspflicht steht also mit dem rechtskräftigen Urteil fest[26]).

Es soll noch kurz die praktische Folge der Verschiedenheit der beiden Meinungen gezeigt werden.

Die andere, von Schorn vertretene Ansicht, kommt aber praktisch auch nicht weiter, wenn sie annimmt, der Strafrichter müsse bei klageabweisendem Urteil selbst das Vorliegen einer Unterhaltspflicht erforschen. (§ 262 StPO). Selbst wenn der Strafrichter das Vorliegen der Unterhaltspflicht bejaht, wird eine Bestrafung nur selten möglich sein, nämlich nur dann, wenn dem Angeklagten nachgewiesen werden kann, daß er seine Verpflichtung kannte (Ziff. 10) oder kennen mußte (Ziff. 5). Wenn aber im Zivilprozeß die Klage gegen ihn abgewiesen ist, so wird ihm nur selten das Bewußtsein der Unterhaltspflicht oder eine sonstige Schuld nachgewiesen werden können, was aber zur Bestrafung notwendig ist[27]).

Hat er aber seine Unterhaltspflicht im Sinne des § 361 Ziff. 5 oder 10 schuldhaft verletzt, so wird er bestraft, obgleich er keinen Unterhalt zu leisten braucht, obgleich er sich an das rechtskräftige

---

26) so Bay. OLG v. 10. Juni 1929 in Bay. OLG Entsch. Bd. 29 S. 110 = Rdbrf. ADB V S. 193 = Jur. Rdschau VI S. 81; und Bay. OLG v. 10. Juni 1929 in HRR (Beilage zur Jur. Rdschau) 1930 S. 81; OLG Darmstadt v. 20. März 1931 in Hess. Rechtspr. 1931 Sp. 156 und Leipz. Komm. N. 5; OLG Rostock v. 11. 3. 1927 in Meckl. Zeitschr. Bd. 43 (1927) S. 599; das Bay. OLG war früher (Urt. v. 2. Dez. 1913 — II 591/13 — und 9. Juni 1921 — II 137/21 — in Bay. OLG Entsch. Bd. 21, S. 204 = LZ 1921 Sp. 757) anderer Ansicht. Dort hielt es für notwendig, auf den Einwand des Angekl. einzugehen, daß er nicht Erzeuger des Kindes war.

OLG Naumburg v. 16. Jan. 1935 in Rdbrf. ADB XI (1935/36) S. 46; OLG Dresden v. 7. Sept. 1933 = Rdbrf. ADB X S. 141, das das Urteil des AG Treuen v. 17. Mai 1933 in Rdbrf. ADB X S. 139 billigt.

Anderer Ansicht allerdings Dr. v. Igel-Bielefeld, bei der Besprechung d. Urteils d. OLG Dresden v. 3. April 1912 (in Goltd. Arch. 61, 370) in Zentral. Bl. f. Jug. R, Bd. 4 (1913) S. 35 und S. 185, der das Urteil für falsch hält, „vielmehr hätte das LG angewiesen werden müssen, materiell zu erforschen, ob der Angekl. Vater des Kindes war. Ergäbe die Feststellung dies, so war damit seine Unt.pflicht gegeben. Ob sie zivilrechtl. erzwingbar ist, ist gleichgültig."

Hier scheinen die Anforderungen, die das Gesetz an den Tatbestand stellt, überspannt worden zu sein. Das Gesetz verlangt nicht Feststellung der Vaterschaft, sondern das Vorliegen einer Unterhaltspflicht, die rechtl. erzwingbar ist, deren tatsächliche Leistung aber mit den Mitteln des Zivilrechts nicht erzwungen werden konnte.

27) Bay. OLG v. 23. 5. 07; Seuff. Bl. 72 S. 744; OLG Frankfurt in Frankf. Rdsch. 41 (1907), S. 31. Burghart in ZHeimW 34 (1929) S. 275 und Burghart i. Bl. f. öff. u. soz. Vers. Bd. XI, (1926), S. 41 ff., S. 45.

Urteil hält und Leistung von ihm nicht verlangt und nicht erzwungen werden kann. Das trifft besonders dann zu, wenn er im Falle der Ziffer 10 das erste Mal nach § 59 StGB, also wegen mangelnden Vorsatzes, in bezug auf die Unterhaltspflicht zwar freigesprochen wird, dann wieder keinen Unterhalt leistet und ein zweites Mal vor Gericht steht, in dem er sich nicht auf einen Irrtum berufen kann. Darauf war oben hingewiesen.

Aber auch wenn A im Zivilprozeß rechtskräftig verurteilt ist, Unterhalt zu leisten, der Strafrichter aber an das Zivilurteil nicht gebunden ist, so wird er doch nur selten von dem Ergebnis abweichen können.

Die Behauptung allein, es hätten in der gesetzlichen Empfängniszeit mit der Kindesmutter noch andere verkehrt, so daß er jetzt die Vermutung des § 1717 BGB widerlegen könne, kann jedenfalls nicht genügen, um zu einem anderen Ergebnis als der Zivilrichter zu kommen. Damit ist zwar die Vaterschaftsvermutung des § 1717 BGB widerlegt. Es ist aber damit noch nicht die Unmöglichkeit, nicht einmal die Unwahrscheinlichkeit dargetan oder glaubhaft gemacht, daß der zum Unterhalt Verurteilte nicht Vater ist. Er hätte zwar nicht verurteilt werden können, wenn er im Zivilprozeß diesen Einwurf gemacht hätte, da bei erwiesenem Mehrverkehr die Klage auf Unterhalt abzuweisen ist. Wenn man aber, wie die andere Meinung es tut, die materielle Wahrheit erforscht, ohne an die Beweisregeln des BGB, insbesondere die Vermutung des § 1717 gebunden zu sein, so kann er trotz des Mehrverkehrs Vater sein; und, da diese Meinung es für erforderlich hält, daß die Vaterschaft nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften festgestellt wird, so ist also das Negative, daß er nicht Vater ist, und deshalb nicht unterhaltspflichtig ist, durch diesen Einwand strafrechtlich noch nicht dargetan.

Wenn das Strafgericht von dem Urteil des Zivilrichters abweichen will, so muß mindestens dargetan sein, daß er mit der Kindesmutter überhaupt keinen Geschlechtsverkehr gehabt habe, was z. B. dann möglich ist, wenn er in der Empfängniszeit im Ausland oder in Strafhaft gewesen ist oder daß er damals zeugungsunfähig gewesen ist[28]).

Daß die richtige, die herrschende Meinung es auch in diesem Falle ablehnt, von dem Urteil abzuweichen, weil die Unterhaltspflicht im Urteil festgestellt ist, war oben mit Begründung ausgeführt.

Unsere Frage hängt also mit der Bindung des Strafrichters an das Zivilurteil nur indirekt zusammen. Die Frage braucht auch hier nicht geklärt zu werden, obwohl man Schorn (S. 25 ff. a.a.O.) wohl Recht geben muß: „Die Schuldfrage verträgt kein anderes Prinzip als die materielle Gerechtigkeit". „Es wäre wohl mit der Stellung

---

28) Bay. OLG v. 10. Juni 1929 in Bay. OLG Bd. 29, S. 110 und Rdbrf. ADB Bd. V, (1929), S. 193.

und dem Verantwortungsbewußtsein des Strafrichters unvereinbar und unverträglich mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung, beispielsweise ein im Versäumniswege erwirktes, aber unrichtiges Urteil als bindend hinzunehmen mit der Begründung, daß das, was in dem rechtskräftigen Urteil als Wahrheit angesehen worden ist, nach dem Willen des Gesetzgebers Wahrheit schlechthin sein soll."

Würde das Strafgesetz die Feststellung der Vaterschaft verlangen, so wäre eine Bindung des Strafrichters an ein darüber auf Grund einer Vermutung oder gar eines Versäumnisses ergangenen Zivilurteils nicht vereinbar mit dem Strafprozeß. Hier soll aber nur die Unterhaltspflicht, d. h. die Verpflichtung, Unterhalt zu leisten, festgestellt werden. Mehr erfordert das Gesetz nicht.

Dabei waren wir zu folgenden Ergebnissen gelangt:

1) Wenn die Klage auf Unterhalt abgewiesen ist — gleichgültig, ob mit Recht oder nicht —, dann ist man nicht verpflichtet, Unterhalt zu leisten. Denn sonst würde das Strafrecht durch die Möglichkeit häufiger Verurteilungen zwangsläufig eine Zivilrechtslage schaffen, die mit jener Zivilrechtslage nicht in Einklang steht, die durch das rechtskräftige Zivilurteil besteht, und dadurch den angeblich Unterhaltspflichtigen zwingen, seine — nach dem Zivilurteil — nicht bestehende Unterhaltspflicht zu erfüllen.

2) Ist aber der Beklagte zur Unterhaltsleistung verurteilt worden, so ist er auch verpflichtet, Unterhalt zu leisten, denn auch nach § 1717 wird nicht festgestellt, ob der Beklagte Erzeuger ist oder nicht. Kann er die Mehrverkehrseinrede nicht beweisen, so wird er — unabhängig davon, ob er wirklich Vater ist, — verurteilt[29]).

Eine andere Frage, die aber hier nicht behandelt zu werden braucht, da sie sich mit unserem Gebiet nur berührt, ist die: Erleidet die vorstehende Lösung dadurch eine Einschränkung, daß das Urteil von der einen oder anderen Partei durch strafbare Handlungen (z. B. Meineid), oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erschlichen ist[30]).

II. Wann hat sich jemand den Lastern dergestalt hingegeben, daß er in den im Gesetz näher bezeichneten Zustand gerät?

Ferner ist zur Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Ziffer 5 erforderlich, daß sich der Täter „dergestalt hingibt", daß er in einen im Gesetz näher bezeichneten „Zustand" gerät. Diese Worte lassen eine verschiedene Deutung zu, da die Verkommenheit bei allen drei Lastern verschiedenartig ist.

1) Ein einmaliger Müßiggang ist kein „Sich-hingeben", und wird hauptsächlich nicht geeignet sein, den im Gesetz näher bezeich-

29) So im Ergebnis auch Rössler in Ju. Wo. 1937 S. 2496.

30) Vgl. dazu RG i. Zivilsachen Bd. 46 S. 75 ff.; Bd. 61, 359 ff. (265) und Bd. 78, 390 ff., (393).

neten Zustand herbeizuführen. Wenn der Täter vorher noch seine Verpflichtung erfüllen könnte, so gerät er in diesen Zustand nicht dadurch, daß er einmalig dem Müßiggang nachgeht.

Beim Trunk und Spiel kann die Lage anders sein. Ein Spieler oder Trinker, der sein ganzes Vermögen bei einem Male verspielt oder vertrinkt, wird nach v. Hippel[1]) von der Strafbestimmung der Ziffer 5 des § 361 StGB betroffen, denn er hat sich dem Spiel bzw. Trunk dergestalt „hingegeben", daß er in den im Gesetz näher bezeichneten Zustand geraten ist.

In der Tat kann man durch einmaliges Betätigen dieses Lasters in einen derartigen Zustand geraten. Ob aber in diesem einmaligen Betätigen ein „sich hingeben" liegt, ist nicht unbestritten. Man kann zwar nicht annehmen, daß die Anwendung des § 361 Abs. 1 Ziff. 5 eine dauernde Unterstützungsunfähigkeit voraussetzt, oder nur gewohnheitsmäßige Trinker und Spieler trifft, aber man wird wohl bei öfterem Spielen oder Trinken einen „Hang" zu diesem Laster voraussetzen müssen. Dieser Hang ist aber, wie dargelegt, nur insofern strafbar, als er diesen im Gesetz erläuterten Zustand herbeiführt.

Das Gesetz bestraft aber nicht den einmaligen Trinker, Spieler, Müßiggänger, sondern es erfordert ein „Sich-hingeben", denn sonst hätte der Gesetzgeber sagen können: „Wer durch Spiel, Trunk oder Müßiggang in einen Zustand gerät ...."

Ist also die einmalige Erscheinung des Müßigganges[2]) schon der Natur der Sache nach nicht strafbar, weil es den Zustand nicht herbeiführen kann, den das Gesetz verlangt, so ist das einmalige Trinken und Spielen — gegen von Hippel a.a.O. — nicht strafbar, weil das Gesetz, wenn es dies hätte sagen wollen, es anders ausgedrückt hätte. Die Worte „sich hingeben" lassen vielmehr den Schluß zu, daß der Täter mehrmals dem Hang zu einem dieser Laster gefolgt ist.

2) Der Täter muß durch dieses „Sich-hingeben" in einen „Zustand" geraten, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

Er muß also nach dem Gesetz völlig außerstande sein, somit „unfähig"[3]) sein, diese Pflicht zu erfüllen. Wenn er noch fähig ist,

---

1) v. Hippel, Bettel, 1894, S. 23 Anm. 4.

2) Müßiggang ist eine Dauererscheinung. „Wer nicht arbeitet, obgleich er arbeiten könnte, und wer sich nicht gehörig um Arbeit kümmert und wer sich nicht bemüht, sich Einnahmen zu verschaffen, macht sich des Müßigganges schuldig" (LG Elbing v. 6. Nov. 1925 in Rdbrf. ADB Bd. I—II, Nr. 21, S. 115/6).

3) RG Rspr. Bd. I, S. 367 = Reger, Bd. II (1882) S. 324 (Urt. v. 21. 2. 1880).

aber den Berechtigten den Unterhalt nicht gewährt, so ist für die Anwendung der Ziffer 5 kein Raum. Der Täter muß nach Ansicht des RG — a.a.O. — „in einen solchen Zustand moralischer oder physischer Versunkenheit oder ökonomischer Zerrüttung" geraten sein, daß er unfähig ist, sich oder die Seinen zu unterhalten.

Demnach ist die Anwendbarkeit des § 361 Abs. 1 Ziff. 5 RStGB ausgeschlossen bei vorübergehender Hilfsbedürftigkeit, selbst wenn sie durch Spiel, Trunk oder Müßiggang schuldhaft verursacht ist. So meint auch von Hippel[4]), daß die Worte „in einen Zustand gerät, in welchem ...." besagen, daß es sich um einen Zustand von längerer Dauer handeln muß, denn diese Worte seien, wolle man ihnen diese Bedeutung nicht beilegen, sonst überflüssig. Anders wohl Olshausen, der an die Dauer dieses Zustandes keine Bedingung stellt.

Wenn jemand aber auf einige Tage keine Mittel hat, so befindet er sich noch nicht in einem Zustand, in welchem durch Vermittlung der Behörde zum Unterhalt derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß. Schon durch dieses Erfordernis ist die Mindestdauer und unabhängig davon auch der Grad des Zustandes festzustellen. Der Zustand muß mindestens so lange dauernd, bis durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen ist. Sonst ist Ziffer 5 nicht anwendbar.

3) Durch ein Laster von den drei genannten muß der Zustand herbeigeführt sein. Kausal für den Zustand muß also sein, daß er sich einem der drei Laster hingegeben hat. Das folgt aus den Worten „dergestalt, daß".

Die Bestimmung findet also keine Anwendung, wenn die Unfähigkeit zwar auch schuldhaft, aber aus einem anderen Verhalten[5]) entstanden ist. Sie muß auf diesen bestimmten Ursachen — Spiel, Trunk oder Müßiggang — beruhen.

Daß dieses Laster die alleinige Ursache war, ist nicht erforderlich, und entspreende Einwendungen des späteren Angeklagten unerheblich. Denn die allgemeinen Regeln über den Kausalzusammenhang gelten auch hier. Nach der im Strafrecht herrschenden Bedingungstheorie ist zur Erfüllung des Tatbestandes erforderlich, daß dieses sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang hingeben nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg — hier der im Gesetz näher bezeichnete Zustand — entfällt.

Dem Kausalzusammenhang steht es also nicht entgegen, daß z. B. eine Krankheit auf Grund des Lasters oder die Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis auf Grund dieses Lasters — was bei allen

---

4) In vergl. Darstellung des Deutschen und ausl. Strafrechts, bes. Teil Bd. 2, S. 174.

5) Z. B. weil der Unterhaltspflichtige alles Erarbeitete nur für sich verbrauchte (A. Schultz: Der strafrechtliche Schutz des Kindes, S. 23/24).

drei Lastern möglich ist — ebenfalls Ursache dieses Zustandes sind, da sie die erste Ursache nicht ausschließen.

Den Täter muß aber in dieer Hinsicht auch ein Verschulden treffen, wozu allerdings Fahrlässigkeit ausreicht. Er mußte sich vielleicht auf derartige Mitursachen einrichten oder aber erkennen, daß seine Laster derartige Folgen wie Krankheit, Entlassung aus der Arbeitsstelle u. a. haben könnte, so daß er in einen Zustand gerät, in welchem zum Unterhalt derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

Deshalb kann die Ziffer 5 nicht zur Anwendung kommen, wenn diese Kausalität nicht vorliegt. Wenn z. B. der unterhaltspflichtige A trotz des Trunkes,. dem er sich hingibt, bisher immer für sich und seine Familie den Unterhalt hat beschaffen können, jetzt aber zwangsweise in einer Trinkerheilanstalt untergebracht wird, so ist diese erforderliche Kausalität nicht als vorliegend zu erachten [6]). Denn zwangsweise Unterbringung geschah nicht deshalb, weil er infolge des Trunkes in einen Zustand geraten war, in dem zum Unterhalte der ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten diese Maßnahme erforderlich war, sondern um die Angehörigen vor Gewalttätigkeiten zu schützen. § 361 Abs. 1, Ziff. 5 verlangt, daß der Angeklagte sich durch Trunk außerstande gesetzt hat, sich und seine Familie zu unterhalten und daß nach Eintritt dieser Unfähigkeit fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß. Die Strafbestimmung kann nicht zum Zuge kommen, wenn die Behörde den Angeklagten wider seinen Willen zwangsweise in eine Anstalt überführt, also ihrerseits den unterhaltsbedürftigen Zustand herbeigeführt hat. Denn bis zu seiner Unterbringung hat der Unterhaltspflichtige die Mittel für den Unterhalt der ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten trotz des Trunkes beschaffen können.

Man kann auch nicht sagen, daß das Trinken für die zwangsweise Unterbringung kausal gewesen ist, d. h. man kann nicht sagen: Wäre er kein Trinker, so hätte die Behörde ihn nicht zwangsweise untergebracht und dann wäre seine Familie nicht bedürftig geworden. Denn nach Ziffer 5 ist das Trinken, Spielen usw. als solches noch nicht strafbar. Es wird erst strafbar, wenn es die Folge hat, daß infolge seines Trunkes durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß, und wenn der Spieler, Trinker usw. das hätte erkennen müssen. Wenn der Unterhaltspflichtige aber meinte, er könne trotz des Spieles und des Trunkes seine Familie weiter unterhalten, so handelte er u. U. nicht fahrlässig. Mit dem Eingreifen der Behörde brauchte er nicht zu rechnen, wenn er seiner Unterhaltspflicht nachkam.

Den unterstützungsbedürftigen Zustand hat, wenn er mit der zwangsweisen Unterbringung nicht rechnete, nicht er durch den Trunk herbeigeführt, sondern die Behörde.

6) OLG Königsberg, 26. 1. 1929 in JW 1929, S. 1069, Nr. 5 = JRdsch. Bd. 5, (1929) Nr. 877.

III. Wann „muß" „durch Vermittlung der Behörde" „fremde Hilfe" in Anspruch genommen werden?

Zur Erfüllung der Strafvorschrift des § 361 Abs. 1 Ziffer 5 RStGB genügt es nicht, daß jemand durch Spiel, Trunk oder Müßiggang in einen Zustand gerät, in welchem er weder sich selbst noch die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten unterhalten kann. Vielmehr erfordert die Strafbestimmung der Ziffer 5, daß infolge dieses auf bestimmte Laster zurückzuführenden Zustandes „fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß".

Diese Voraussetzung gehört nach Seuffert[1]) zu den Tatbestandsmerkmalen und nicht zu dem außerhalb des Delikts stehenden Verfolgungsvoraussetzungen.

Nicht erforderlich ist, daß fremde Hilfe aus öffentlichen Mitteln erfolgt. Vielmehr genügt es, daß fremde Hilfe in Anspruch genommen wird.

1. Der Begriff der fremden Hilfe.

a) Was hier unter „fremder" Hilfe zu verstehen ist, ist durch den verklausulierten Wortlaut nicht ganz klar. So hat z. B. OLG Frankfurt[2]) aus dem Wortlaut gefolgert, daß „fremde Hilfe" im Gegensatz steht zu „Vermittlung der Behörde". „Fremd" beziehe sich also auf die vermittelnde Behörde. So kommt das OLG Frankfurt zu dem Ergebnis, daß, wenn die vermittelnde Behörde selbst eingreift, eine „fremde Hilfe" nicht vorliege. Da der Armenverband die Hilfe leistet, so folge daraus und aus § 65 des Preuß. Ausf.Ges. zum UWG, daß die Vermittlung eine von dieser verschiedene Behörde bewirkt, im Zweifel die untere Verwaltungsbehörde (Polizeibehörde).

Dagegen hat sich mit Recht die h. M. gewandt. Denn man will ja bestrafen, weil der Verpflichtete seiner Pflicht nicht nachkommt. Daher erscheint es unerfindlich, warum, wenn die vermittelnde Behörde Hilfe leistet, warum dann diese Strafvorschrift aus diesem Grunde nicht zur Anwendung kommen sollte.

Abwegig erscheint allerdings die Definition des OLG Düsseldorf[3]): „fremd" kennzeichne den Mangel einer Zugehörigkeit. Ein Fremder sei, wer nicht zur Gemeinschaft gehört. Danach sei fremde Hilfe diejenige, die von einer nicht zur Familiengemeinschaft gehörigen Person gewährt werde. Das führt aber zu folgendem Ergebnis: Nach diesem Urteil des OLG Düsseldorf fällt der uneheliche Vater, da er nicht zur Familie gehört, nicht unter die Straf-

1) In ZStW Bd. 15, S. 814, der dies allerdings für Ziff. 10 konstatierte, und OLG Dresden vom 7. 12. 25 in HRR. (Beil. z. ZStW) Bd. II, (1927), S. 116; anders v. Hippel, Bettel, S. 23, Anm. 5 und S. 32 Anm. 3.

2) v. 8. April 1896 in Goltd. Arch. Bd. 44, S. 279 = Frankf. Rdsch., Bd. 30 (1896), S. 95.

3) Urteil vom 26. April 1910 — S. 137/10 — in Jahrbuch der Fürsorge, Bd. 5 (1911), S. 100.

bestimmung des § 361 [4]), wenn er seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt. Wohl aber die Mutter des unehelichen Kindes. Wenn diese ihre Unterhaltspflicht nicht erfüllt, und es muß die — nach OLG Düsseldorf a.a.O., weil nicht zur Familie gehörige, deshalb „fremde" — Hilfe des unehelichen Vaters in Anspruch genommen werden, so würde die Mutter nach § 361 bestraft werden können, der Vater aber nicht, obgleich der Vater vor der Mutter (§ 1709 BGB) unterhaltspflichtig ist. Deshalb lehnt auch OLG Hamm [5]) diese Meinung ab.

Wesentlich brauchbarer ist die Ansicht des OLG Hamm, OLG Dresden und OLG Karlsruhe u. a.[6]). Danach ist „fremd" die Hilfe, die dem Unterhaltsbedürftigen nicht von dem Unterhaltspflichtigen [7]) kommt, also „nicht nur die Hilfe ist fremd, die die vermittelnde Behörde bei anderen auswirkt oder von anderen für den Unterhaltsbedürftigen empfängt, um sie an diesen abzuführen. Strafbar ist der Unterhaltspflichtige dann, wenn ein anderer an seiner statt Hilfe leisten muß. Dabei unterscheidet das Gesetz nicht, wer der andere ist, schließt also keineswegs aus, daß Hilfe von der sie vermittelnden Behörde kommt, verlangt vielmehr nur, daß das Mittel der Hilfeleistung im Eingreifen der Behörde besteht" [8]).

Indessen ist auch diese Definition noch nicht befriedigend, wie die Folge zeigt, die OLG Karlsruhe [9]) daraus zieht.

Indem es OLG Hamm a.a.O. folgt, wonach fremde Hilfe die Hilfe sei, die nicht von irgendeinem Unterhaltspflichtigen stammt, folgert OLG Karlsruhe, daß der von der Mutter ihrem unehelichen Kinde gewährte Unterhalt keine fremde Hilfe ist, obgleich der uneheliche Vater vor der Mutter unterhalspflichtig ist und nicht leistet, da nach § 1709 BGB auch die Mutter unterhaltspflichtig ist. Das wiederum hat zur Folge, daß der uneheliche Vater dann nicht bestraft werden kann, wenn die uneheliche Mutter das Kind unterhält. Ausgedehnt auf andere Fälle also, daß ein Unterhaltspflichtiger bei Verletzung seiner Unterhaltspflicht dann nicht bestraft werden kann, wenn ein anderer, ebenfalls Unterhaltspflichtiger, den Unterhalt leistet, da diese Unterhaltsleistung keine „fremde Hilfe" ist.

Als weiteres Beispiel diene folgender Fall: A ist unterhaltsberechtigt, da er nicht imstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1602 Abs. 1 BGB). Daher sind die Verwandten in gerader Linie verpflichtet, ihm Unterhalt zu gewähren (§ 1601). Zunächst sind seine

---

4) Vgl. bei „Unterhalt", S. 18/19 der Arbeit.

5) Urt. vom 9. Mai 1911 in Goltd. Arch. Bd. 59, S. 182 ff., 183.

6) OLG Hamm a.a.O.; OLG Dresden v. 4. 10. 06 in Goltd. Arch. 56, S. 106 = Annalen des OLG Dresden Bd. 28, S. 290; OLG Karlsruhe vom 24. 2. 27 in: Bad. Rechtsprax. 29, (1927), S. 150 Nr. 25.

7) „Von einer dazu kraft Gesetzes nicht verpflichteten Person" so KG v. 25. Okt. 1924 in JW 1924, S. 390 Nr. 1.

8) So OLG Dresden, a.a.O. (vgl. Anm. 6).

9) OLG Karlsr. a.a.O. (vgl. Anm. 6).

Kinder und Enkel, dann erst in zweiter Linie seine Eltern zum Unterhalt verpflichtet (§ 1606 Abs. 1 BGB). Die zuerst unterhaltspflichtigen Kinder erfüllen unter den Voraussetzungen des § 361 Abs. 1 Ziff. 5 oder 10 ihre Pflicht nicht. A nimmt die Vermittlung der Behörde in Anspruch, und durch diese Vermittlung erhält er Hilfe durch seine erst in zweiter Linie unterhaltspflichtigen Eltern. Ist diese Hilfe, die durch Vermittlung der Behörde in Anspruch genommen worden ist, „fremd"?

Nach der letzten Auffassung nein. Denn fremd ist danach nur die von einer Person, die nicht unterhaltspflichtig ist, geleistete Hilfe. Würde sich aber die Behörde an einen anderen — nicht unterhaltspflichtigen — Verwandten gewandt haben, so wäre diese Hilfe „fremd".

Unser Rechtsempfinden und auch der Wille des Gesetzgebers drängen jedoch dazu, auch diese Kinder, wenn die Voraussetzungen der Ziffer 5 oder der Ziffer 10 erfüllt sind, zu bestrafen.

Dem folgend hat OLG Breslau in seiner Rechtsprechung [10]) eine Definition entwickelt, der sich auch andere OLG [11]) angeschlossen haben. Danach geht das OLG Breslau davon aus, daß nach §§ 1603, 1606, 1607, 1608, 1709 Abs. 1 BGB mehrere Unterhaltspflichtige in einer bestimmten Reihenfolge unterhaltspflichtig sind. Entferntere Unterhaltspflichtige kommen erst dann zur Leistung in Betracht, wenn näher Verpflichtete wegfallen oder zur Unterhaltsleistung außerstande sind. Daher ist „fremd" jede Hilfe, die dem Unterhaltsbedürftigen nicht von dem im Einzelfalle an erster Stelle Pflichtigen zukommt. „Dieser im Einzelfalle Erstverpflichtete hat seiner Unterhaltspflicht unter der Strafandrohung des § 361 zuerst zu genügen. Entzieht er sich ihr, so verursacht er dadurch, daß für ihn ein anderer Hilfe leisten muß, der bei redlicher Pflichterfüllung des an erster Stelle Unterhaltspflichtigen und Unterhaltsfähigen nicht ersatzweise einzuspringen brauchte. Dessen Leistung ist dann schon eine fremde Hilfe."

Diesen Ausdruck dahin auszulegen, daß als eine solche nur die anzusehen sei, die entweder vom Armenverbande oder einem anderen nicht unterhaltspflichtigen Wohltäter geleistet werde, erscheint zu eng und würde stets den gesetzlich Unterhaltspflichigen straflos auslaufen lassen, soweit noch irgend ein leistungsfähiger, zum Kreise der vom Gesetz berufenen gehörender Angehöriger vorhanden ist. Dieser wäre dann durch den böswillig sich seiner Unter-

10) Urt. v. 15. 1. 1926 in JW 1927, S. 1222 Fall 9 = ZHeimW 32 (1927), S. 571/72 und Urt. v. 19. 7. 1935 = Ss. 111/35 — in Goltd. Arch. Neue Folge Bd. 2, S. 459.

11) z. B. Bay. OLG vom 21. Jan. 1932 in JW 1932, S. 1395, Fall 2 = Rdbrf. ADB VIII (1932/33), S. 50; OLG Dresden, 8. Jan. 1929 in LZ 23, (1929) ADB, 1930 (VI), S. 74 = ZHeimW 35 (1930), S. 431; KG am 17. Jan. 1931 = S. 576 Nr. 1 = DRZ 1929 S. 179 Nr. 441; OLG Kassel v. 13. 2. 1930, Rdbrf. ADB, 1930 (VI), S. 74 = ZHeimW 35 (1930), S. 431. KG am 17. Jan. 1931, JW, 1931, S. 1624 Nr. 7; OLG Stuttgart v. 14. 5. 1924 in Württ. Ztschr. 66, (1924) S. 136 (Spruchbeil.).

haltspflicht entziehenden an erster Stelle Verpflichteten zu seinem eigenen und seiner sonstigen Unterhaltsberechtigten Nacheile geschädigt. Dieses kann nicht Sinn und Zweck der Strafvorschrift sein“ [12]).

Diese in der Praxis entwickelte Lehre hat die amtliche Strafrechtskommission in ihren Vorschlag aufgenommen, indem sie „fremde Hilfe“ durch „Hilfe anderer“ ersetzt [13]).

Dieser Ansicht ist auch das KG [14]) beigetreten, allerdings in etwas unklarerer Fassung. Diese Ausdrucksweise gab daher auch zu verschiedener Auslegung Anlaß, so daß das KG [15]) seine Ansicht erneut darlegen mußte.

Auch das KG lehnt die Meinung ab, wonach „fremd“ die Hilfe sei, die von einer nicht selbst unterhaltspflichtigen Person geleistet wird. Diese Auslegung sei zu eng. „Fremd“ sei vielmehr die Hilfe, die als Ersatz für die pflichtigen unterlassenen Unterhaltsleistungen des Verpflichteten von anderer Seite beansprucht werden muß. Ersatz trifft also nur die Leistungen der Personen, die nach dem Unterhaltspflichtigen verpflichtet sind. Als Hilfeleistungen, als Ersatz für ausgebliebene Leistungen des Erstverpflichteten können Leistungen von einer Seite nicht gelten, die selbst vor oder neben dem Verpflichteten zum Unterhalt des Berechtigten gesetzlich verpflichtet sind [16]).

In seiner zweiten Entscheidung [17]) geht das KG noch näher auf die Reihenfolge der Verpflichtungen („vor“ und „neben“) ein.

Neben dem Unterhaltspflichtigen ist nicht jede Person verpflichtet, die nach den Vorschriften des BGB zu den Unterhaltspflichtigen gehört. Vielmehr ist in §§ 1603, 1606, 1607, 1608, 1709 Abs. 1 BGB eine genaue Reihenfolge getroffen, aus der sich ergibt, daß die dort genannten Personen erst nacheinander verpflichtet sind.

Nebeneinander sind z. B. mehrere Abkömmlinge gegen die Eltern verpflichtet. Alle zusammen sind an erster Stelle verpflichtet. Leistet in einem solchen Falle einer der Unterhaltspflichtigen anstatt eines der ihm Gleichstehenden, so ist dessen Leistung keine fremde Hilfe, weil sie von einem neben ihm zum Unterhalt Verpflichteten geleistet ist, weil die beiden Unterhaltspflichtigen in gleichem Range unterhaltspflichtig waren. „ „Neben“ heißt also also nicht „außer“, sondern „im gleichen Range mit“ “ (KG a.a.O.).

Anders z. B. die Kindesmutter, die zwar „außer“ dem Vater noch zum Unterhalt ihres unehelichen Kindes verpflichtet ist, aber

12) OLG Breslau, v. 15. 1. 1926 in JW 1927, S. 1222 Nr. 9 = ZHeimW 32, (1927), S. 571/572.

13) Gürtnerscher Entw. Bes. T. 1935, S. 114.

14) Urt. v. 13. 2. 1929 in JW, 1930, S. 1019 Nr. 19.

15) Urt. v. 17. Jan. 1931, JW 1931, S. 1624 Nr. 7 = Rdbrf. ADB VII, S. 215.

16) So KG in JW 1930, S. 1019 Nr. 19 = Rdbrf. ADB V (1929), S. 95/96 = DRZ 21 (1929), S. 258 Nr. 531.

17) a.a.O. Vgl. Anm. 15.

nicht „im gleichen Rang" mit ihm, sondern „nach" ihm. Ihre Hilfe wäre fremde Hilfe.

Diese Definition bedeutet keinen Unterschied zu der des OLG Breslau, außer dem, daß sie unklarer ausgedrückt ist. Denn auch bei der Auslegung des OLG Breslau wäre das Ergebnis dasselbe. Die Ansicht des OLG Breslau ist als die herrschende und richtige anzuerkennen. Danach ist fremd die Hilfe, die ein anderer leistet, der nicht an erster Stelle verpflichtet ist. Da die Abkömmlinge A, B und C jeder an erster Stelle verpflichtet sind, liegt also, auch wenn A nicht leistet, keine fremde Hilfe vor, da B und C auch an erster Stelle zu leisten verpflichtet sind.

b) Ebenfalls war und ist streitig, was unter „Hilfe" im Sinne unserer Gesetzesbestimmung zu verstehen ist.

Unstreitig ist, daß der Gesetzgeber die Vorschrift — wenn auch nicht allein aus diesem Grunde — erlassen hat, um die öffentlichen Armenmittel vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme zu schützen. Deshalb hat der Gesetzgeber bei Schaffung der Gesetzesvorschrift zunächst auch nur an materielle Hilfe gedacht, insbesondere an Hilfe durch Leistung von Geld oder anderen Unterhaltsleistungen. Das nahm auch die Wissenschaft[18]) und Rechtsprechung[19]) bislang an. Insbesondere nahm man an, daß die zwangsweise Beitreibung der Unterhaltsgelder noch nicht die Inanspruchnahme fremder Hilfe im Sinne unserer Gesetzesvorschrift darstelle (Bay. OLG a.a.O.). Ebenso sei die Tätigkeit des Jugendamtes und die Beitreibungstätigkeit der Gerichte keine Inanspruchnahme fremder Hilfe, da sich diese Tätigkeit auf Erlangung von Hilfe aus Mitteln desjenigen, gegen den sie sich richten, hinzielt, obgleich man sich der Hilfe des Gerichts oder des Jugendamtes bedient, also in weiterem Sinne fremde Hilfe in Anspruch nimmt.

Erst in neuester Zeit hat das LG Liegnitz[20]) diesen Begriff weiter ausgelegt. Ein Landwirt hatte seine Landwirtschaft so heruntergewirtschaftet, daß zum Unterhalt derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet war, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden mußte. Diese fremde Hilfe bestand darin, daß über den landwirtschaftlichen Betrieb das Sicherungsverfahren eröffnet wurde. Das Landgericht Liegnitz a.a.O.[21]) nahm an, daß fremde Hilfe zum mindesten für den Vollstreckungsschutz aufgewendet werden müsse, um dem Grundstückseigentümer und seiner Familie weitere Daseinsmöglichkeiten zu schaffen. Der Gesetzgeber hat zwar bei Schaffung der Gesetzesvorschrift diese

18) A. Eisner, Die letzten zivilrechtl. und öffentlich-rechtl. Mittel . . .; Diefenbach, in JW 1932, S. 1395 (Anm. zu Bay. OLG v. 21. 1. 1932) u. a.

19) OLG Karlsruhe, 24. 2. 1927 (vgl. Anm. 6) u. Bay. OLG v. 21. 1. 1932 in JW 1932, S. 1395/96 u. a.

20) 3. Strafkammer v. 11. 4. 1934 — 3. N. 18/34 — in DRZ 26 (1934) Nr. 492, S. 500 = Dt. Justiz, 1935, S. 231.

21) Unter Billigung von Siegert in JW 1935, S. 888 ff. (S. 892 Sp. 1), der dieses Urteil als „vorbildlich" bezeichnet.

Art der „fremden Hilfe“ nicht im Auge gehabt. Hätte er aber diesen Fall im Auge gehabt, so hätte er ihn auch mit unter Strafe gestellt. Es handelt sich hier nicht um eine Analogie oder entsprechende Anwendung des Strafgesetzes, sondern lediglich um eine weite Auslegung des Begriffes, die aber mit dem Gesetzestext in Einklang steht. Durch die Nichterfüllung seiner Unterhaltspflicht war ein Eingreifen fremder Stellen zum Unterhalt seiner Familie notwendig, die ihm dann erst dadurch „helfen“ mußte, daß sie das Sicherungsverfahren anordneten, d. h. ihm das Geld seiner Gläubiger mittelbar dienstbar machten.

Dementsprechend trifft auch der Grundgedanke des § 361 Absatz 1 Ziff. 5 hier zu. Wie sich aus dem Worte „fremd“ ergibt, will der Gesetzgeber nicht nur die öffentlichen Armenmittel und nur indirekt dadurch auch die Erfüllung der Unterhaltspflicht schützen. Denn bestraft wird nicht nur der, der durch Verletzung seiner Unterhaltspflicht bewirkt, daß öffentliche Armenmittel in Anspruch genommen werden müssen, sondern auch der wird bestraft, der durch seine Pflichtverletzung verursacht, daß andere Familienangehörige oder charitative private Wohlfahrtsverbände einspringen müssen. Daraus ergibt sich, daß nicht nur öffentliche Armenmittel vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme geschützt werden sollen.

In der Praxis wird ja die Unterstützung aus öffentlichen Mitteln meist der Grund zur Bestrafung sein; denn die Unterstützung durch einen anderen Familienangehörigen oder sonstigen Privaten veranlaßt die Behörde meistens nicht einzuschreiten. Trotzdem verwendet Ziffer 5 sowie Ziffer 10 a.a.O. den Begriff der fremden [22]) Hilfe. Beide Vorschriften schützen also, wie daraus einwandfrei hervorgeht, nicht nur die Mittel der Armenpflege und öffentlichen Fürsorge vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme, sondern sie gewähren darüber hinaus dem Anspruch des Berechtigten auf Unterhalt Schutz, ohne daß die Gefahr besteht, daß bei Nichterfüllung dieses Anspruchs öffentliche Mittel in Anspruch genommen werden.

Eine derartig enge Auslegung, wie die Rechtsprechung dem Worte „Hilfe“ hat zuteil werden lassen, indem darunter nur „materielle Hilfe“ verstanden wurde, ist vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Der Gesetzgeber mag an andere als an diese Fälle nicht gedacht haben, — hätte er aber an sie gedacht oder hätte es sie damals schon gegeben, so wäre ein Grund, den Begriff „Hilfe“ auf „materielle Hilfe“ zu beschränken, unerfindlich.

2. Wann liegt „Vermittlung der Behörde“ vor?

Die fremde Hilfe muß „durch Vermittlung der Behörde“ in Anspruch genommen sein. Der Verletzer einer Unterhaltspflicht ist also aus Ziffer 5 nicht strafbar, wenn ein Mildtätiger dem Berech-

22) Das ist, wie dargelegt, weiter als „öffentliche“.

tigten Unterhalt gewährt oder wenn der Berechtigte — z. B. aus Bescheidenheit — trotz Not die Behörde nicht angeht[1]).

Was aber unter der „Vermittlung" der Behörde zu verstehen ist, ist nicht unbestritten.

Die fremde Hilfe muß durch die Behörde infolge der Nichterfüllung der Unterhaltspflicht vermittelt worden sein. Dieses Tatbestandsmerkmal ist dann erfüllt, wenn „die angegangene Behörde zum Zwecke der Beschaffung fremder Hilfe eingeschritten ist"[2]). Daß die fremde Hilfe geleistet ist, z. B. durch Gewährung von Kleidung, Wohnung, Nahrung ist kein Tatbestandsmerkmal des § 361. „Leisten" ist ein Mehr gegenüber dem „Vermitteln", das das Gesetz nicht erfordert. Ein solches auf die Hilfeleistung abzielendes behördliches „Eingreifen" kann nach Bay. OLG a.a.O. schon in der beschlußmäßigen Bewilligung einer Unterstützung an den Unterhaltsbedürftigen während der Unterhaltsverletzung des Verpflichteten liegen.

Dem muß zugestimmt werden. Ob die Behörde direkt Hilfe leistet oder ob sie nur etwas Derartiges „in die Wege leitet", — in jedem Falle greift sie ein.

Das OLG Dresden[3]) hält aber für erforderlich, daß die Behörde „sich dergestalt ins Mittel legt, daß der Unterhaltsbedürftige das zum Leben Notwendigste erhält." „Vermittlung ist die Betätigung der öffentlichen Fürsorge seitens der hierzu zuständigen Behörde, die den Eintritt einer fremden Hilfe ..... zur Folge hat." (OLG Dresden a.a.O.).

Es wäre falsch, an die „Vermittlung" Anforderungen zu stellen, die das Gesetz an sie nicht stellt. So lehnt das OLG Dresden mit Recht die Auslegung der „Vermittlung" im Sinne der §§ 652, 662 ff. und 677 ff. BGB ab. „Vermittlung" bedeutet hier „sich ins Mittel legen". Daß die Behörde als Mittelsperson zwischen einem Unterhaltsberechtigten und einem Hilfeleistenden aufgetreten ist und eine ihr fremde Hilfe vermittelt, ist nicht als richtig anzunehmen. Denn dann würde die Strafvorschrift in den Fällen nicht angewandt werden können, in denen die die Unterstützung in die Wege leitende Behörde zugleich Fürsorgeverband ist und in dieser Eigenschaft Hilfe gewährt. Diese Unterscheidung findet weder im Gesetz selbst eine Stütze, noch ist sie vom Gesetzgeber gewollt. Vielmehr wollte der Gesetzgeber die Unterhaltspflichtverletzungen strafen, wenn dadurch öffentliche Behörden in Mitleidenschaft gezogen wer-

---

1) Findet die Inanspruchnahme fremder Hilfe o h n e Vermittlung der Behörde statt, so ist, wie das RG, Urteil v. 3. Juni 37 in Ju. Wo. 1937 S. 1812 richtig betont, eine Bestrafung auch nicht aus § 2 StGB herzuleiten, da der Grundgedanke des Gesetzes der ist, die praktische Hilfevermittlung durch die Behörde auf wirkliche Notfälle zu beschränken. Fehlt es aber an dieser Hilfevermittlung, so entfällt der Zweck des Gesetzes und damit die Möglichkeit der Anwendung des § 2 StGB.

Vergl. dazu auch die Ausführungen S. 83/84 d. Arbeit.

2) Bay. OLG v. 27. April 1922 in Bay. OLG Entsch. Bd. 22, S. 61, 62.

3) Urt. v. 18. Okt. 1906 in Goltd. Arch. 56, S. 106.

den entweder durch Vermittlungstätigkeit oder durch Hilfeleistungen.

Auf die Vermittlung der Behörde kommt es an. Es ist, wie S. 50 gezeigt, nicht notwendig, daß öffentliche Mittel gewährt werden.

Eine Vermittlung liegt auch dann vor, wenn auf Veranlassung der Behörde eine Privatperson oder eine caritative Privatvereinigung Unterstützung gewährt[4]). Wird fremde Hilfe ohne Vermittlung der Behörde geleistet, so ist der Tatbestand des § 361 StGB nicht gegeben. Denn der Unterhaltspflichtige muß sich der Unterhaltspflicht derart entziehen, daß „durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß".

Die Strafvorschrift scheint deshalb in allen den Fällen zu versagen, in denen der Vater an sein uneheliches Kind oder der als schuldig geschiedene Ehegatte an sein bei dem anderen Ehegatten lebendes Kind keinen Unterhalt leistet und die Mutter, bei der das Kind mit lebt, das Kind unterhält. Denn aus den Worten „durch Vermfittlung der Behörde" ergibt sich, daß die Vermittlung zur Folge haben muß, daß das Kind jetzt unterhalten wird, was ohne Vermittlung vielleicht nicht der Fall wäre. Wenn es ohne Vermittlung der Behörde unterhalten wird, so ist der Tatbestand des § 361 nicht erfüllt. Deshalb scheint es so, als ob uneheliche Väter nur selten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.

In solchen Fällen geht das OLG Dresden[5]) von folgenden Gesichtspunkten aus:

Eine Vermittlung liegt nicht nur dann vor, wenn die Behörde die Hilfeleistung für den Unterhaltsberechtigten durch einen anderen als den zuständigen Unterhaltspflichtigen überhaupt erst veranlaßt, d. h. ihrerseits den Anstoß dazu gibt, daß ein anderer für den Unterhaltspflichtigen zunächst einspringt, sondern Vermittlung ist jede Tätigkeit, durch die sich die Behörde in Erfüllung der ihr obliegenden Fürsorgepflicht rein äußerlich betrachtet irgendwie ins Mittel legt; vermittelnd in diesem Sinne wirkt die Behörde auch dann, wenn sie sich darauf beschränkt, die bereits Hilfe leistende Kindesmutter aufzufordern, weiterhin für den Unterhalt ihres Kindes zu sorgen. Das muß — so OLG Dresden a.a.O. — insbesondere für die Fälle gelten, in denen die Kindesmutter nicht auf Grund einer freiwilligen Übernahme der Erstunterhaltspflicht des unehelichen Vaters, sondern notgedrungen lediglich auf Grund der Tatsache des Ausbleibens der Unterhaltsleistungen des böswillig nicht zahlenden Erstverpflichteten die Lebensbedürfnisse ihres Kindes befriedigt. Der Charakter einer Vermittlung wird diesem Einschreiten der Behörde auch nicht dadurch genommen, daß ihm nicht eine ausdrückliche Weigerung der Kindesmutter zu ferneren Hilfelei-

4) Bay. OLG v. 21. Jan. 1932 in JW 1932, S. 1395 Nr. 2.
5) Urt. v. 15. März 1934 in DRZ 26 (1934) Nr. 361 Sp. 367/368.

stungen vorausgegangen ist, sondern die Kindesmutter die Abwälzung der Unterhaltslast durch den Kindesvater ohne äußeren Widerstand auf sich genommen hat.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes folgt nicht zwingend, vielmehr ist es mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, daß eine Vermittlung der Behörde auch dann vorliegt, wenn ein uneheliches Kind bei der Kindesmutter oder den Großeltern untergebracht ist und durch den Amtsvormund die Pflegegeldeinziehung und Weiterleitung an die Pflegestelle betrieben wird. Sowohl die Tätigkeit des Amtsvormunds als Behörde wie auch diese Auslegung des Wortes „durch" Vermittlung begegnen aber starken Bedenken. „Durch" Vermittlung soll, wie oben ausgeführt, heißen: die fremde Hilfe soll „auf Grund des Eingreifens geleistet werden" (Kausalität).

Auch hier ist deutlich zu sehen, — wie der Fall i. Bay. OLG Bd. 22, S. 61 beweist —, daß die Strafvorschrift nicht nur den Schutz der öffentlichen Armenmittel bezweckt, die in dem konkreten Fall gar nicht in Anspruch genommen waren, sondern daß diese Auffassung ausdrücklich abgelehnt ist. Auch wenn noch niemand fremde Hilfe geleistet hat, ist die Strafvorschrift doch erfüllt. Auch hier zeigt sich deutlich, daß diese Strafvorschrift auch den Unterhaltsanspruch schützt, ohne Rücksicht darauf, ob öffentliche Mittel bereits verwandt sind.

3. Die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe.

Die Folge der Unterhaltspflichtentziehung und der Nichtleistung des Unterhalts muß die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe sein. Das ergibt sich aus dem Worte „muß"[1]). Es genügt nicht, daß fremde Hilfe in Anspruch genommen wird. Diese Bedeutung wird denn diesem Worte auch allgemein beigelegt. Die Hilfsbedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten muß die Inanspruchnahme fremder Hilfe gebieten, d. h. notwendig erscheinen lassen[2]).

Gerade in der Nötigung der Behörde zur Inanspruchnahme fremder Hilfe durch Nichtleistung des Unterhalts sieht Bindung den Grund der Strafbarkeit[3]).

Die Tatsache, daß Unterstützung oder überhaupt fremde Hilfe geleistet wird, genügt nicht, um dieses Tatbestandsmerkmal zu erfüllen. Denn die Tatsache der Gewährung von Unterstützung durch öffentliche Fürsorge ist noch nicht immer ein Zeichen von Hilfsbedürftigkeit; oft ist diese Unterstützung auch erschwindelt[4]).

---

1) „Wer in einen Zustand gerät, in dem durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß", nicht nur „fremde Hilfe in Anspruch genommen wird".

2) OLG Stettin, 6. Nov. 1896 in Goltd. Arch., Bd. 44, S. 278. OLG Celle, v. 8. Juni 1928 in JW 1928, S. 3063 Nr. 11; KG am 26. Jan. 1929 in DRZ 21 (1929), S. 177 Nr. 426; Bay. OLG 10. 6. 29 in Bay. OLG Bd. 29, S. 110 sowie Schorn, Bretzfeld, Burghart, Weitpert u. a. a.a.O.

3) Binding, Lehrb. d. StR, 2. Aufl. 1902, Leipzig, Bd. I, § 62 I (S. 235): Die Nötigung der Behörde . . . wird nach § 361 mit Haft bestraft.

Wenn fremde Hilfe lediglich deshalb in Anspruch genommen wird, nicht weil es nötig ist, sondern um damit eine Grundlage für das Vorgehen gegen den Unterhaltspflichtigen in Form eines Strafverfahrens zu schaffen, so genügt das nicht, um das Tatbestandsmerkmal, „daß fremde Hilfe ... in Anspruch genommen werden muß", zu erfüllen [5]). Da die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe ein Tatbestandsmerkmal ist, und nicht etwa nur eine außerhalb der Tatbestandsmerkmale liegende Voraussetzung der Strafbarkeit, so ist das Vorliegen dieses Tatumstandes auch vom Strafrichter zu prüfen [6]).

Durch jede Weigerung, Unterhalt zu leisten, macht der Unterhaltspflichtige noch nicht die Inanspruchnahme fremder Hilfe notwendig [7]). Wenn gar nicht erst der Versuch gemacht wird, den Unterhalt auf zivilrechtlichem Wege (Pfändung, Zwangsvollstreckung u. a.) zu erlangen, zu dem der Unterhaltspflichtige imstande und unter Umständen auch bereit gewesen wäre, so wird man nicht ohne weiteres davon sprechen können, der Unterhaltspflichtige habe sich derart entzogen, daß die Inanspruchnahme fremder Hilfe notwendig wurde. Man braucht zwar die Zwangsvollstreckung nicht erst zu versuchen, aber in manchen Fällen läßt sich dann die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe besser beweisen.

Ist aber die Notwendigkeit, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen, in dem Falle gegeben, wenn ein Unterhaltsberechtigter, der Anspruch auf Unterhalt ohne Rücksicht auf Bedürftigkeit (uneheliches Kind oder minderjähriges, vermögendes Kind) oder auf standesgemäßen Unterhalt hat, aber entweder von dritter Seite oder aus eigenen Mitteln nur den notdürftigen Unterhalt erhält? Mit anderen Worten: Die Frage ist, ob die Notwendigkeit, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen, nur besteht, um den notdürftigen Unterhalt zu erhalten, oder ob infolge der Unterhaltspflichtverletzung auch dann fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß, wenn der Unterhaltsberechtigte zwar den notdürftigen Unterhalt aus eigenen Mitteln oder von dritter Seite hat, der Unterhaltspflichtige aber standesgemäßen Unterhalt zu gewähren hat.

---

4) KG 26. 1. 1929 i. Goltd. A. Bd. 74, S. 21 und Bay. OLG v. 30. Okt. 1933 in DRZ Bd. 26, (1934) S. 114 Nr. 117.

5) OLG Celle, 8. Juni 1928 in JW 1928, S. 3063 Nr. 11 = ZHeimW 34 (1929), S. 16.

6) KG am 26. Jan. 1929 in DRZ 21 (1929) S. 177 Nr. 426. Anderer Ansicht: Rotering: Gruppenbild bei Polizeiübertretungen in Ztschr. f. d. ges. StRW 26 (1906) S. 766: „Richter prüft, ob das „ultra posse" — die Leistungsfähigkeit als gegeben zu erachten sei, nicht aber auch, ob ein hinreichender Grund obwaltete, die fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen." Das kann aber nicht für richtig erachtet werden, weil die Notwendigkeit Tatbestandsmerkmal ist. Das ist wichtig festzustellen in bezug auf den Vorsatz. Vgl. später bei Ziff. 10 (II. Abschn. 2. Kap. B).

7) OLG Stettin v. 6. Nov. 1896 in Goltd. Arch. Bd. 44 S. 278.

Burghart und das Bayerische oberste Landesgericht[8]) meinen, daß die Auffassung vertretbar ist, daß fremde Hilfe auch dann in Anspruch genommen werden muß, im Sinne dieser Gesetzesvorschrift, um den Teil der gesetzlichen Unterhaltspflicht zu ergänzen, der über den notdürftigen Unterhalt hinausgeht, vom Verpflichteten aber nicht geleistet wird.

Das gilt besonders auch deshalb, weil die fremde Hilfe grundsätzlich nicht auf öffentliche Mittel beschränkt ist — die öffentlichen Mittel werden ja nur da angewandt, wo Hilfsbedürftigkeit vorliegt[9]) — und weil § 361 Ziff. 5 nicht nur den Schutz der öffentlichen Armenmittel, sondern, wie sich aus dem Begriff der „fremden Hilfe" ergibt[10]), unabhängig davon auch den Schutz der Erfüllung der Unterhaltspflicht bezweckt.

B. Welches Maß an Schuld erfordert § 361 Abs. 1 Ziff. 5 StGB?

Das Delikt besteht in dem sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang Hingeben, das einen derartigen Grad erreicht haben muß, daß der Unterhaltspflichtige in den dort näher bezeichneten Zustand gerät.

Dieses Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar[1]). Daß der Täter erkennt, daß das Seinem-Laster-sich-hingeben derartige Folgen hat, wird nicht erfordert, sondern das Gesetz sagt, daß, wer sich dem Spiel ... dergestalt hingibt, daß er in diesen Zustand gerät, mit Haft bestraft wird.

Zwar ist nicht ausreichend, daß sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind (Formaldelikt), aber als Verschuldensmaß reicht Fahrlässigkeit aus. Auch für den Abschnitt „Übertretungen" gilt der für das ganze Strafrecht grundsätzlich herrschende Satz, daß eine Handlung erst strafbar wird durch Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale sowie der Schuld des Täters. Leichtsinnige Lebensweise ist immer mehr auf Fahrlässigkeit zurückzuführen. Es muß also, soll man Fahrlässigkeit des Täters annehmen, festgetellt werden, daß der Täter bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, daß durch die Vernachlässigung seiner Unterhaltspflicht fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

---

8) Burghart in ZHeimW Bd. 34, (1929) S. 260 und Bay. OLG v. 10. 6. 1929 in Bay. OLG Entsch. Bd. 29, S. 110 (112): „Die Strafkammer führt zutreffend aus, daß es der Inanspruchnahme fremder Hilfe tatsächlich bedürfte, weil das uneheliche Kind bei seinen Angehörigen nur notdürftig unterhalten wurde. Infolgedessen mußte fremde Hilfe in Anspruch genommen werden."

9) Entsprechend den §§ 5 und 6 der Reichsgrunds. über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 4. Dez. 1924 in der Fassung der Bekanntmachung v. 1. Okt. 1931 (RGBl. I S. 441). —

10) Wonach Unterhaltspflichtverletzungen auch dann bestraft werden können, wenn keine öffentlichen Mittel, sondern Mittel anderer, auch Privatpersonen, in Anspruch genommen werden, und wonach noch keine öffentl. Mittel geleistet zu sein brauchen.

1) So Binding, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1902 Bd. I § 62 (S. 235); Frank zu § 361 Ziffer 5, sowie die herrschende Meinung.

Diese Fahrlässigkeit ist insofern anders gestaltet als die im § 276 Abs. 1 S. 2 BGB erforderte, bei der der objektive Gesichtspunkt der verkehrsmäßigen Sorgfalt das entscheidende ist. Zur Schuld genügt also, daß der Täter bei seiner pflichtgemäßen Aufmerksamkeit diese Folge hätte erkennen müssen [2]).

Ist, wie oben erwähnt, sein Laster nur Mitursache gewesen, so muß ihn insofern ein Verschulden treffen, als er sich auf Unglücksfälle hätte einrichten müssen oder aber den Eintritt dieser Mitursache hätte voraussehen müssen.

3. Kapitel:

Wie und womit wird bestraft?

A. Die Strafe dieser Übertretung ist grundsätzlich Haft (§ 361 Abs. 1, S. 1 RStGB). Eine Geldstrafe, die sonst bei Übertretungen die Regel bildet [1]), ist hier schlechthin ausgeschlossen. Ihre Anwendung erschiene auch sinnlos, da Voraussetzung der Bestrafung die Mittellosigkeit (Unterhaltsunfähigkeit) des Täters ist.

Für die Haftstrafe kommt noch § 362 Abs. 1 RStGB in Betracht, der unseren Fall, eine Verurteilung nach Ziffer 5 auch mit umfaßt. Die nach § 361 Abs. 1 Ziff. 5 Verurteilten können also danach „zu Arbeiten, welche ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, innerhalb und — auch außerhalb der Strafanstalt angehalten werden". Diese Bestimmung ist eine Ausnahme zu dem in § 18 Abs. 2 RStGB niedergelegten Grundsatz, nach dem die Haft in einfacher Freiheitsentziehung besteht. Hiernach besteht bei der Haftstrafe weder ein Arbeitszwang noch ein Beschäftigungsverbot, sondern lediglich eine einfache Freiheitsentziehung. Diese Haftsträflinge haben ihrerseits kein Recht auf Arbeit — im Gegensatz zu den Gefängnisinsassen (§ 16 Abs. 2, 2. Satzteil RStGB). — Wohl aber können sie auch außerhalb der Anstalt zu Arbeiten angehalten werden, was früher lediglich bei Zuchthausstrafen (§ 15 Abs. 2) und erst seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 24. April 1934 auch bei Gefängnis (§ 16 Abs. 3) zulässig war.

Da diese Haft — bis zu dem erwähnten Gesetze — schärfer war, als die Gefängnisstrafe und sie in ihren Bestimmungen über die Zulässigkeit der Außenarbeit insofern der Zuchthausstrafe ähnelte, nannte man sie „geschärfte Haft".

B. Außer dieser Haftstrafe bietet das geltende Strafgesetzbuch noch eine weitere Handhabe gegen diese Unterhaltsschuldner, und

---

2) Vgl. dazu das oben — S. 44 — angezogene Urteil des OLG Königsberg vom 26. Jan. 1929 in JW 1929 S. 1069 Nr. 5 = JRdsch. Bd. 5 (1929) Nr. 877.

1) Vgl. §§ 360, 366, 367, 368, 369, 370 StGB.

zwar die Anordnung der Unterbringung in einem Arbeitshaus[1]).

Es erheben sich aber Zweifel, ob diese Anordnung überhaupt eine Strafe ist. Man wird diese Frage erst entscheiden können nach einer Betrachtung des Wesens der Strafe.

Die Strafe ist ihrem Wesen nach Zufügung eines Übels, weil der Täter die Gebote und Verbote des Staates nicht beachtet hat, also Zufügung eines Übels als Gegenwirkung gegen die Verletzung der Autorität des Staates. Sie ist Vergeltung für geschmälerte Autorität, nicht für das verletzte Rechtsgut.

Solche Strafe erfüllt ihren Zweck aber nur bei begangenen Verbrechen. Als Generalprävention gegen Wiederholung künftiger Rechtsbrüche durch den Rechtsbrecher ist sie nicht geeignet, da sie Wirkung haben soll lediglich als Ausgleich der vorangegangenen Straftat.

Man erkannte aber bald, daß es außer der Strafe noch andere Mittel gab, Verbrechen zu bekämpfen. Die Strafe ist nur eines der Mittel, die dem Staat für diese Zwecke zu Gebote stehen. Man kann die Volksgemeinschaft auch durch Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung vor antisozial gesinnten Elementen schützen.

Erst neuerdings erkennt man, daß zur Verbrechensbekämpfung die Vergeltungsstrafe nicht das einzigste, nicht das wirksamste und vor allem nicht das sicherste Mittel ist. Während unser Strafgesetzbuch streng auf dem Boden der Vergeltungsstrafe steht, hat es doch — vielleicht unbewußt — auch andere Mittel zur Verbrechensbekämpfung zugelassen. Unser Strafgesetzbuch sollte ursprünglich nur ein Gesetzbuch sein zur Bestrafung von Verbrechen. Mit dem Begriff der Vergeltung hat man aber des öfteren auch andere Begriffe vermengt, so vor allem den der Besserung. So ist unser Gesetzbuch, welches auch auf dem Boden der Vergeltungsstrafe steht, heute doch ein Gesetzbuch nicht nur zur Bestrafung der Verbrechen, sondern auch zur Bekämpfung der Verbrechen überhaupt[2]).

In dieser weiten Definition — wie z. B. das Wort „Strafrecht" oder „Strafgesetzbuch" gebraucht wird —, ist natürlich die Überweisung und Unterbringung in ein Arbeitshaus auch Strafe.

Man kann aber nicht, worauf R. Schmidt[3]) hinweist, auf Kosten des logischen Begriffs der Strafe diesen auf alle oben genannten Arten der Verbrechensbekämpfung erweitern, sondern man muß — genau wie man neue Möglichkeiten der Verbrechensbekämpfung gefunden hat — auch neue Maßnahmen dieser Verbrechensbekämpfung finden. Lediglich der Vergeltung entspricht als Maßnahme die

---

1) §§ 42 a ff. — RStGB, eingefügt durch das Gesetz gegen gefährl. Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. Nov. 1933 RGBl. I, S. 995 ff.

2) A. Thomsen, Das deutsche Strafrecht, Allg. T., Berlin 1906, Vorwort IX.

3) R. Schmidt: Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 268.

Strafe; unter Umständen noch der Abschreckung. Aber der Begriff der Strafe kann nicht so erweitert werden, daß man die Strafe für das einzige Mittel der Verbrechensbekämpfung überhaupt hält und ihr neben dem eigentlichen, dem Vergeltungsrecht, noch den Besserungszweck beilegt. Vielmehr stehen diese als selbständige Maßnahmen der Verbrechensbekämpfung neben der Strafe als Maßnahmen der Sicherung und Besserung.

Ebenso weist Binding[4]) darauf hin, daß die Reichsstrafgesetzgebung nicht nur Strafen als Folge von Verbrechen behandelt hat, sondern daß das Strafgesetzbuch an verschiedenen Stellen die Grenze der Strafgesetzgebung (in engerem Sinne) insofern überschritten hat, als sich im Strafgesetzbuch Vorschriften befinden, die der Vorbeugung gegen künftige strafbare Handlungen dienen und Vorschriften, die zwar Folgen einer strafbaren Handlung, aber keine Strafen sind. Die gesetzlichen Verbrechensfolgen werden, soweit sie auf Rechtsgebieten eintreten, die der Reichsgesetzgebung unterlagen, wie z. B. das Strafrecht, auch vom Reiche normiert.

Diese Erkenntnis hat sich erst sehr langsam Bahn gebrochen. Das Hauptmerkmal der Verbrechensbekämpfung ist heute noch die Vergeltungsstrafe. Erst allmählich wurden — zuerst vielleicht unbewußt, heute bewußt — Bestimmungen aufgenommen, die dem Verhältnis der Straftaten nicht entsprechen. Man hat zwischen die grundsätzlich im Strafrecht herrschende Generalprävention die Spezialprävention gesetzt, anstelle der vergeltenden Strafe sind teilweise Maßregeln getreten, die, obwohl als Folge des Verbrechens verfügt, doch dem Motiv der Spezialprävention entspringen.

Würde man aber einen so weiten Begriff der Strafe annehmen, dann stände unser Strafgesetzbuch auf dem Boden der Zweckstrafe. Das ist aber aus verschiedenen Gründen abzulehnen, die hier nicht dargelegt werden können. Eine folgerichtig durchgeführte Zweckstrafe aber ist eine Maßregel der Besserung. Sie ist dann keine Strafe im althergebrachten Sinne, keine Vergeltungsstrafe, sondern eine „Behandlung".

Unser heutiges Strafgesetzbuch steht, nachdem auch die nationalsozialistische Weltanschauung dort Fuß gefaßt hat, auf dem Boden der Verbrechensbekämpfung, d. h. Schutz der Gemeinschaft vor asozialen Rechtsbrechern. Deshalb hat es auch neben dem Strafsystem ein System der Maßregel der Besserung und Sicherung geschaffen, das sich begrifflich deutlich vom Strafensystem trennt.

Schon dadurch, daß die Maßnahme der Sicherung und Besserung in einem besonderen 1'a Abschnitt (§§ 42 a ff.), der neben dem 1. Abschnitt, betitelt „Strafen", (§§ 15—42) steht, wird diese Trennung betont[5]). Das zeigt sich aber auch in folgendem: Die Ziffern 12, 15, 18—20 des Art. 3 des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung

4) Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885, Bd. I, § 70, S. 323 ff.

5) KG vom 28. März 1934 in JW 1934, S. 1869 Nr. 12.

wären überflüssig, wenn die Unterbringung in einem Arbeitshaus Strafe wäre[6]).

Vor allem aber ergibt es die Art und das Maß der Verhängung und Vollstreckung.

Sie sind im Gegensatz zu generalpräventiven Mitteln Mittel der Spezialprävention, d. h. es sind Mittel, die verhüten sollen, daß derselbe Täter dieselben Straftaten wiederholt. Es sind zwar auch Mittel der Verbrechensverhütung, es sind auch strafrechtliche Maßnahmen, die an eine begangene strafbare Tat anschließen. Aber sie werden nicht verhängt als Maßnahmen, die der Tat oder der Schuld entsprechen. Vielmehr dienen sie zur Heilung krankhafter körperlicher Zustände oder schädlicher Anlagen (z. B. Arbeitsscheu, Trunk), die Grundlage späterer strafbarer Handlungen sein können. Diese Maßnahmen wollen auch nicht vergelten für die begangene Tat, sondern sie wollen bessern und eine neue ähnliche Tat desselben Rechtsbrechers verhüten.

Strafe ist Zufügung eines Übels zur Vergeltung. Die in der Straftat zutage getretene Gefährlichkeit des Rechtsbrechers soll für die Zukunft durch Maßnahmen der Sicherung und Besserung unterbunden werden.

Deshalb spricht Mezger[7]) im Anschluß an einen schon seit einiger Zeit entwickelten Sprachgebrauch von einem „Dualismus", einer „Zweispurigkeit" in Bezug auf die Methoden, mit denen man Verbrechen bekämpft. „Strafe ist Vergeltung, d. h. eine den Täter treffende Entziehung von Rechtsgütern nach Maßgabe der Schuld. Sie paßt sich allein der T a t an (tatproportionale Maßregel)[8]). Die Maßregeln der Sicherung und Besserung hingegen richten sich a u s s c h l i e ß l i c h nach der Person des Täters, insbesondere nach seiner kriminellen Gefährlichkeit (Maßregel der Sicherung z. B. Entmannung) oder nach seiner Besserungsfähigkeit (Maßregel der Besserung z. B. Arbeitshaus). Sie grenzen an strafrechtliche Maßnahmen, schließen aber nicht an die Tat an; diese gibt zwar den Grund der Verhängung, weil durch die Tat dem Gericht erst die Veranlagung des Rechtsbrechers bekannt wird, aber ihr Inhalt richtet sich nach den Verhältnissen des Täters. Sie sind nur tatbezogene Maßnahmen." (Mezger, a.a.O.).

Bei Bemessung der Strafe ist die Schwere des Delikts und die Schuld des Täters maßgebend. Bei Maßregeln der Besserung und Sicherung tritt das Verschulden des Täters völlig zurück. „Die Maß-

---

6) Ziff. 18 z. B. ändert § 345 Abs. 1 StGB dahin: Ein Beamter, der vorsätzlich eine Strafe oder eine Maßregel der Sicherung und Besserung vollstreckt, . . . wird mit Zuchthaus bestraft.

Ziffer 19 ändert § 346 Abs. 1 dahin: Ein Beamter, der vermöge seines Amtes zur Mitwirkung . . . bei der Vollstreckung einer Strafe oder einer Maßregel der Sicherung und Besserung berufen ist, und wissentlich jemand der im Gesetz vorgeschriebenen Strafe oder Maßregel entzieht, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft.

7) E. Mezger, Lehrb. d. Strafrechts, 2. Aufl. 1933, § 76, S. 518.

8) Mezger, a.a.O. § 72, S. 483 ff.

regeln der Sicherung und Besserung richten ihren Blick nicht rückwärts auf die begangene Tat, sondern vielmehr vorwärts auf den durch die Tatz utage getretenen Zustand des Täters für die Zukunft. Ihr Ziel ist Sicherung der Volksgemeinschaft“ [9]). Entweder heilen sie ihn durch Beseitigung seiner Veranlagung (Besserungsmaßnahmen) oder sie nehmen ihm die Möglichkeit vor Begehung weiterer Straftaten (Sicherungsmaßnahmen).

Der geringen Bedeutung des Delikts entsprechend (Übertretung) beträgt die Strafe höchstens 6 Wochen Haft. Mit Rücksicht auf den hohen Grad der Verwahrlosung des Täters ist die zeitlich verhältnismäßig lange Unterbringung im Arbeitshaus zugelassen.

Die Strafe setzt einen Tatbestand voraus, die Maßnahme der Sicherung oder Besserung aber einen Zustand der Person.

Eine solche Maßnahme der Besserung ist die Unterbringung im Arbeitshaus. Denn nach § 42 d Abs. 2 hat sie „neben der Strafe“ den Zweck, ihn zur Arbeit anzuhalten und an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen. Daß die Unterbringung in ein Arbeitshaus keine Strafe, sondern eine Maßregel der Besserung ist, zeigt sich besonders in § 42 f Abs. 1: „Die Unterbringung dauert solange, wie ihr Zweck es erfordert“, und Abs. 2: „Die Dauer der wiederholten Unterbringung in einem Arbeitshaus ist an keine Frist gebunden“. Nach Abs. 2 a.a.O. hat das Gericht immer vor Ablauf der Frist zu entscheiden, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist.

Die Dauer der Freiheitsstrafe wird aber von vornherein festgesetzt und kann zwar u. U. verkürzt, niemals aber verlängert werden.

4. Kapitel:

Wann verjährt das Delikt?

Wenn wir von strafbarer Verletzung der Unterhaltspflicht sprechen, so ist wichtig, zu wissen, von welchem Moment an die Strafbarkeit beginnt und von welchem Zeitpunkt ab eine Strafbarkeit ausgeschlossen ist, wann also eine Verjährung der Strafverfolgung eintritt.

Die erste Frage ist beantwortet: Die Strafbarkeit ist gegeben, wenn sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

Auch die zweite Frage scheint uns das Gesetz selbst zu beantworten, indem es in § 67 Abs. 3 StGB sagt, daß die Strafverfolgung von Übertretungen in drei Monaten verjährt. Ferner erläutert es in Abs. 4 noch, daß die Verjährung „mit dem Tage, an dem die Handlung begangen ist, ohne Rücksichta uf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges“ beginnt.

---

9) Nationalsoz. Handbuch für Recht und Gesetzgebung, Herausg. von Frank. 2. Aufl. München 1935, S. 1366 ff.

Was jedoch unter diesen Bestimmungen zu verstehen ist, darüber herrscht Streit.

Die Zuwiderhandlung ist, da das Sich-hingeben nicht eine einmalige Handlung ist, sondern eine gewisse Zeit lang dauert, ein Dauerdelikt[1]). Die Handlung dauert solange, wie sich der Unterhaltspflichtige einem dieser drei Laster hingibt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut: „Mit Haft wird bestraft, wer sich .... hingibt".

Anderer Ansicht wohl nur Frank, der meint, die Verjährung beginne in dem Moment, in dem der Täter von seinem Laster Abstand nimmt. Die herrschende Lehre nimmt an, die Verjährung beginne erst mit dem Aufhören des strafbaren Zustandes, mit der Beseitigung des unterstützungsbedürftigen Zustandes.

Die Frage, wann die Vollstreckung der rechtskräftig erkannten Strafe, also der Haft, verjährt, ist nach § 70 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 3 zu beantworten. Danach verjährt die rechtskräftig erkannte Haftstrafe in zwei Jahren, gerechnet von dem Tage an, an dem das Urteil rechtskräftig geworden ist.

2. Abschnitt.

Wird die Erfüllung der Unterhaltspflicht im geltenden Recht durch § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB gewährleistet?

§ 361 Abs. 1 Ziff. 5 RStGB richtete sich also, wie wir gesehen hatten, nur gegen die Leistungsunfähigkeit, also gegen Unterhaltspflichtige, die sich schuldhaft in einen Zustand versetzt haben, in dem sie den Unterhalt nicht leisten können.

Daher machte sich schon kurz nach Erlaß der Vorschrift ein Bedürfnis bemerkbar nach einer Bestimmung, die auch gegen die Unterhaltspflichtigen Mittel zur strafrechtlichen Verfolgung in die Hand gab, die leistungsfähig, aber böswillig sind, und selbst infolge zivilrechtlichen Vorgehens (Prozeß, Urteil, Zwangsvollstrekkung) nicht zu bewegen waren, ihre Unterhaltspflicht zu erfüllen.

Dem entsprach der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10, die als Ergänzung zur Ziffer 5 gedacht war. Sie wurde eingeführt durch Gesetz vom 12. März 1894.

---

1) Olshausen a., Leipz. Kom. V, 4; Schwartz, Kom. z. StGB (1914) Note 14, KG v. 29. 1. 09 in Goltd. Arch. 57, 412 und Rotering i. ZStW 26, 752.

1. Kapitel:

Die Entstehungsgeschichte dieser Strafvorschrift.

Da die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung schon vorn[1]) dargestellt war, sollen hier die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Tatbestandsmerkmale der Bestimmung behandelt werden.

2. Kapitel:

Unter wessen Voraussetzungen wird der Verletzer der Unterhaltspflicht nach § 361 Abs. 1, Ziff. 10 RStGB bestraft?

A. Die objektiven Tatbestandsmerkmale der Strafvorschrift des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 RStGB.

I. Wann ist jemand zur Ernährung eines anderen verpflichtet im Sinne dieser Strafvorschrift?

Zunächst muß der Delinquent, wie auch in Ziffer 5, zur Ernährung eines anderen verpflichtet sein. Über die Unterhaltspflicht sowie die Verpflichtung, jemanden zu ernähren, war bei § 361 Abs. 1 Ziff. 5[1]) gesprochen worden. Alles dort Erörterte gilt auch hier, und es wird eine Verweisung auf die dortigen Ausführungen genügen.

II. Wann ist jemand in der Lage, diejenigen zu unterhalten, zu deren Ernährung er verpflichtet ist.

Es genügt zur Begehung des Deliktes nicht die Verletzung der Unterhaltspflicht; vielmehr muß auch feststehen, daß der Verletzer „in der Lage" war, seiner Pflicht zu genügen.

Wir wollen uns mit dem Begriff der Leistungsfähigkeit näher beschäftigen.

Die Worte „in der Lage sein„ lassen eine verschiedenartige Auslegung zu. Wollte man sich eng an den Wortlaut halten, so wäre nur derjenige „in der Lage", seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, der einen genügenden Vorrat an Geldmitteln oder anderen wirtschaftlichen Werten z. B. Nahrungsmitteln hat.

Eine derartige Auslegung wäre zu eng, und würde dem Zweck des Gesetzes nicht gerecht, das darauf gerichtet ist, die mißbräuchliche Inanspruchnahme der öffentlichen Armenmittel zu verhüten.

Es bedarf keiner Erörterung, daß der Unterhaltspflichtige auch dann in der Lage ist, wenn er keine Barmittel hat, aber sonstiges Vermögen oder Rechtsansprüche gegen Dritte, die er verwirklichen kann[1a]). Denn in diesen Fällen hat er im Rechtssinne Vermögen.

---

1) Im 1. Abschn. 1. Kap. S. 10 ff. d. Arb.

1) 1. Abschn. 2. Kap. A I d. Arb. (S. 14—41).

1a) OLG Dresden v. 16. Juni 1915 i. LZ X (1916) S. 1333 Nr. 15 und OLG Kiel v. 21. 8. 26 in Goltd. Arch. Bd. 71, 190.

Deshalb hat man den Begriff der Leistungsfähigkeit durch Auslegung sehr erweitert. Die Worte „obschon er in der Lage ist" decken sich nach den Ergebnissen der Rechtsprechung mit den Worten „kann" oder „die Möglichkeit hat". Daher scheint das Reichsgericht[2]) anzunehmen, jemand sei auch dann noch in der Lage — wenigstens nimmt es das bei § 1603 Abs. 2 BGB an —, wenn er zwar keine baren Mittel, wohl aber Kredit hat.

Darüber hinaus ist aber nicht nur derjenige in der Lage, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, der genügend Barmittel oder sonstige wirtschaftlichen Werte besitzt, sondern auch derjenige hat die Möglichkeit und kann seine Unterhaltspflichten erfüllen, — und ist demnach in der Lage, seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, der seine Arbeitskraft pflichtgemäß ausnutzt[3]). Wenn der Unterhaltspflichtige imstande ist, sich durch eine sach- und pflichtgemäße Ausnutzung seiner Arbeitskraft den zum Unterhalt, den er den ihm gegenüber Berechtigten zu leisten verpflichtet ist, erforderlichen Verdienst zu verschaffen, so hatte er auch die Möglichkeit — und war damit „in der Lage" —, seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Diese Möglichkeit hat er naturgemäß nur dann, wenn der zu erlangende Verdienst die zur Erfüllung der Unterhaltspflicht erforderlichen Geldmittel übrig lassen würde.

Unter etwas eigenartigem — heute nicht mehr zu billigendem — Gesichtspunkt sieht das Bayer. OLG[4]) diese Frage. Die Arbeitskraft des Unterhaltspflichtigen und deren Verwertbarkeit müsse berücksichtigt und als „Vermögensobjekt" erachtet werden; wenn er die Arbeitskraft nicht ausnützt, so muß in der Arbeitskraft selbst dasjenige „Kapital" erblickt werden, dessen Besitz ihm die Möglichkeit der Unterhaltsgewährung bietet.

Mit dem Grundsatz, daß die Arbeitskraft als solche ein „Kapital" verkörpere, dessen Realisierbarkeit die Gewährung des Unterhalts ermögliche, läßt sich diese Ansicht nicht begründen. Nach dem Gesetz ist derjenige zu bestrafen, der sich der Unterhaltspflicht entzieht, obschon er diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, unterhalten kann, d. h. obschon er die Möglichkeit hat, diejenigen ,zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, diese Möglichkeit aber nicht benutzt.

---

2) „Daß auch im Wege des Kredits flüssig zu machende Mittel zu den verfügbaren Mitteln im Sinne des § 1603 Abs. 2 BGB gehören, hat das RG bereits in wiederholten Entscheidungen anerkannt. Ist der Realkredit des Beklagten erschöpft, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß er noch Personalkredit genießt." So RG 4. Ziv. Sen. v. 24. 8. 08 i. Ztr. Bl. f. fr. Ger.,- Not. u. Zwangsversteig. Bd. 9 (1909) S. 238.

3) OLG Dresden v. 7. 2. 28 i. DRZ 20 (1928) S. 159 Nr. 323; OLG Posen v. 17. 12. 1910 in Pos. Mon. Schr. 14 (1911) S. 122; KG v. 8. 12. 08 i. KGJ 37 C S. 78; OLG Celle v. 9. 7. 1898 i. Goltd. A. Bd. 46 S. 351 = Reger Bd. 20 S. 91; OLG Dresden v. 9. 4. 1930 i. LZ 25 (1931) S. 53 Nr. 4; KG v. 17. Mai 1930 i. DJZ 36, (1931) Sp. 172 und KG v. 25. 5. 1929 i. JW 1930, S. 580 Nr. 14 = JRdsch. V, (1929), 1627 = Recht 33, (1929), Nr. 2094, S. 552.

4) Urt. v. 23. 2. 1907 in Seuff. Bl. 72 (1907) S. 449.

Wann er nun im einzelnen verpflichtet ist, seine Arbeitskraft zu verwerten, ist nicht immer klar gewesen.

Manche haben zunächst angenommen, die Arbeitskraft könne nicht berücksichtigt werden bei seiner Leistungsfähigkeit, d. h. er habe nicht die Möglichkeit, die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zu unterhalten, wenn dabe seine Arbeitskraft berücksichtigt werden müßte.

Diese Ansicht gründete sich vor allem auf die ständige Rechtsprechung des RG[5]). Danach ist ein Schuldner nicht verpflichtet, seine Arbeitskraft zum Nutzen seiner Gläubiger zu verwerten. Der Gläubiger habe also kein Recht, zu verlangen, daß der Schuldner seine Erwerbstätigkeit, die ihm eine Pfändung ermögliche, fortsetze.

Inwieweit dieser Grundsatz gegenüber der Bestimmung des Art. 163 Abs. 1 Weimarer Verfassung und gegenüber Punkt 10 des Programms der NSDAP vom 25. Febr. 1920[6]) heute noch uneingeschränkt Geltung beanspruchen darf, erscheint sehr zweifelhaft. Auch das neue Strafrecht kennt die Arbeitspflicht[7]).

Jedenfalls war schon immer von diesem vom RG aufgestellten Grundsatz eine Ausnahme gemacht worden: im Familienrecht. Hier ist die Pflicht des Art. 163 a.a.O. bzw. des Punktes 10 a.a.O. zu einer Rechtspflicht ausgeprägt.

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes wird der Unterhaltspflichtige bestraft, der die Möglichkeit hat, der also in der Lage ist, diejenigen zu unterhalten, zu deren Ernährung er verpflichtet ist. Im § 361 Abs. 1 Ziff. 10 wird der bestraft, der die Möglichkeit hat, für die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zu sorgen ohne Rücksicht darauf, ob er diese Möglichkeit ausgenutzt hat. Dadurch ist hier für den Unterhaltspflichtigen eine Rechtspflicht aufgestellt, daß er seine Arbeitskraft pflichtgemäß verwerte, um den ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten den Unterhalt gewähren zu können. Denn die Nichtausnützung dieser Möglichkeit zieht Strafe nach sich.

Hieraus leiten viele Gerichte her, daß zum mindesten für den Unterhaltsanspruch durch die Ziff. 10 des § 361 eine Ausnahme von

---

5) RG in Ziv. Bd. 67 (1907) S. 170 (171); Bd. 69 (1908) S. 59 (63); Bd. 81 (1912), S. 41 (45).

6) Art. 163 Abs. 1 WeimVerf.: „Jeder Deutsche hat . . . die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert."

Punkt 10 des Programms der NSDAP v. 25. 2. 20: „Erste Pflicht jedes Staatsbürgers muß es sein, geistig oder körperlich zu schaffen. Die Tätigkeit des Einzelnen darf nicht gegen das Interesse der Allgemeinheit verstoßen, sondern muß im Rahmen der Gesamtheit und zum Nutzen aller erfolgen."

7) Das neue Strafrecht, Entwurf der amtl. Strafr. Komm. (Gürtnerscher Entw.), Ergebnisse der 2. Lesung, 1936, S. 137: „Die Arbeit ist auch eine ernste Pflicht" und S. 142: „Auch der Müßiggänger verletzt seine Pflicht zur Arbeit."

dem Grundsatz besteht, den das RG a.a.O. aufgestellt hat[8]). Denn Voraussetzung des Unterhaltsanspruches sind nicht schuldrechtliche Beziehungen, sondern die Tatsache der Verwandtschaft. Das zeigt sich auch darin, daß der Unterhaltsschuldner mit seinen Unterhaltsleistungen nicht an der pfändungsfreien Grenze Halt machen kann. Er hat also die Rechtspflicht, für die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zu arbeiten, wenn er aus Kapitalvermögen den Unterhalt nicht bestreiten kann. Ein körperlicher Arbeitszwang besteht nicht, aber das Gesetz verlangt nur die Möglichkeit, Unterhalt zu leisten.

Wann hat nun ein Unterhaltspflichtiger die Möglichkeit, seine Unterhaltspflichten zu erfüllen, und unter welchen Voraussetzungen wird er bestraft, d. h. unter welchen Voraussetzungen ist das Tatbestandsmerkmal des „in der Lage seins" erfüllt?

Der Unterhaltspflichtige, der als Dachdecker keine Arbeit in seinem Berufe finden kann, ist sehr wohl in der Lage, d. h. er hat die Möglichkeit, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, indem er durch sachgemäße Ausnutzung seiner Arbeitskraft den dazu erforderlichen Verdienst beschaffen kann. Diese Möglichkeit genügt zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals. Das KG[9]) hat ihn mit Recht für verpflichtet angesehen, im Interesse seiner Familie andere Arbeit anzunehmen.

Die Ausdrucksweise des KG kann aber nicht als glücklich angesehen werden. Nicht deshalb ist er als leistungsfähig anzusehen (anscheinend Fiktion!), weil er leistungsfähig wäre, wenn er sich pflichtgemäß um Arbeit bemüht hätte, sondern deshalb ist er leistungsfähig, weil er die Möglichkeit hat, sich um Arbeit erfolgreich zu bemühen; daraus, daß er bestraft wird, wenn er die Möglichkeit hat, und diese nicht ausnützt, folgt, daß er verpflichtet ist, für die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zu arbeiten.

Ebenso ist in der Lage, die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zu unterhalten, wer als Maurer gelernt hat und die Möglichkeit hat, als Maurer zu arbeiten und dort (als Facharbeiter) mehr zu verdienen als in einem Berufe, den er nicht erlernt hat[10]). Auf die Üblichkeit der Arbeit kommt es nicht an[11]). Deshalb muß anerkannt werden, daß der Unterhaltspflichtige nicht nur dann in der Lage ist, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, wenn er die Mittel zur Unterhaltsleistung innerhalb seines eigentlichen Berufs aufbringen kann, sondern — soweit es ihm nach billigem Ermessen zugemutet

---

8) KG v. 1. Dez. 08 in KGJ 37 C, S. 78 = DJZ 1909, S. 662. Bayer. OLG v. 9. Okt. 06 in Bay. OLG Entsch. Bd. VII, S. 80 ff.; OLG Celle vom 9. Juli 1898 in Goltd. Arch. Bd. 46, S. 351 und v. 3. Juni 1912 in Goltd. Arch. Bd. 61, S. 367; OLG Dresden v. 18. Okt. 1906 in Goltd. Arch. 56 S. 107; KG v. 18. Juli 1925 in JW 1925, S. 2158; Bay. OLG v. 20. Okt. 1930 i. Bay. OLG Entsch. 30, 181.

9) v. 1. 12. 08 in KGJ 37 C, 78.

10) LG Magdeburg, II. kl. Strafkammer v. 14. 6. 35 in Rdbrf. ADB, Bd. XI, S. 159.

11) LG Dresden v. 18. Sept. 1929 in HRR (Beil. z. Jur. Rdsch.) VI (1930) Nr. 265.

werden kann, muß er auch unter Umständen in anderen Berufen tätig werden, denn auch dadurch „hat er die Möglichkeit", für den Unterhalt der ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zu sorgen.

Es gibt natürlich auch Fälle, in denen jemand nicht in der Lage ist, durch Verwertung seiner Arbeitskraft den Unterhalt für die ihm gegenüber Berechtigten zu verdienen. Zwar finden „Standesvorurteile keine Berücksichtigung" [12]), aber es kann nicht immer den Unterhaltspflichtigen zugemutet werden, seinen Beruf zu verlassen. „Zumutbar ist alles, was nicht die Aussichten auf spätere Rückkehr in den eigentlichen Beruf versperrt oder die Fähigkeit, ihn später wieder auszuüben, erheblich herabdrückt oder eine übermäßige Ausbeutung der Arbeitskraft in dem vorübergehenden Beruf bedingt. Sowohl dem Facharbeiter wie dem kaufmännischen Angestellten wird man zumuten, irgendwelche körperliche Hilfsarbeit zu verrichten" [13]).

Aber man wird z. B. nicht sagen können, daß ein Arzt, der seine Praxis durch die Ungunst der Verhältnisse zum großen Teil eingebüßt hat, die Möglichkeit hat, durch Ausnutzung seiner Arbeitskraft z. B. als Tagelöhner seine Unterhaltspflicht zu erfüllen in der Lage ist. Ebenso wird man nicht sagen können, daß ein Fabrikarbeiter die Möglichkeit hat und demnach in der Lage ist, seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, indem er viele Überstunden macht. Diese Möglichkeit kommt als Pflicht rechtlich nicht in Betracht, und deshalb ist er nicht in der Lage, Unterhalt zu leisten [14]).

Mit Recht hat das OLG Dresden [15]) anerkannt, daß nur derjenige in der Lage sei, Unterhalt zu leisten, d. h. also die Möglichkeit habe, seine Arbeitskraft in fremden Berufen auszuwerten, wenn er „ohne jede Schwierigkeit und Umständlichkeit zu anderen Berufen und Einnahmequellen übergehen" kann. Er hat aber nicht die Möglichkeit — und wenn er sie hat, wird sie ihm nicht zugemutet —, d. h. er ist nicht in der Lage, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, wenn er zu dem „Übergang in einen anderen Beruf noch weitere besondere Fähigkeiten erwerben oder Bedingungen erfüllen muß" [15]).

Auf derselben Linie steht ein Urteil des OLG Hamm [16]). Danach ist ein Mitinhaber eines Geschäfts, das zur Zeit keinen Gewinn abwirft, nicht „in der Lage", Unterhalt zu gewähren, weil er nicht die Möglichkeit hat, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft Mittel zum Unterhalt zu erwerben. Er braucht das Geschäft nicht sofort zu verlassen. Das verbietet ihm die Rücksicht auf sich selbst und auf seine Mitgesellschafter, nicht zuletzt auch auf die Gesellschaftsgläubiger. Solange ihm also vom Stand-

12) So schon OLG Dresden v. 18. 9. 29 a.a.O.
13) Burghart, ZHeimW 34 (1929), S. 258.
14) Weitpert, in Bl. f. öff. Fürs. 1932, S. 165 ff.
15) OLG Dresden v. 17. 4. 1912 i. Sächs. Arch. f. Rechtspflege, IX, (1914) S. 365.
16) Urt. d. OLG Hamm v. 11. 8. 13 i. Goltd. A. Bd. 62, 211.

punkte eines ordentlichen Kaufmannes die Aufgabe des Geschäfts nicht zuzumuten ist, braucht er seine Kräfte, Kenntnisse u. a. nicht anderweitig zu verwerten. Bei wörtlichster Auslegung kann er seine Familie unterhalten, wenn er das Geschäft verläßt und sich anderswo Verdienst schafft, er hat die Möglichkeit. Aber es wird ihm nicht zugemutet. Ganz allgemein ist davon auszugehen, daß nicht jede vorübergehende Unfähigkeit, durch Betätigung im bisherigen Berufe die Mittel zur Unterhaltsleistung aufzubringen, z. B. eine einmalige, saisonbedingte Leistungsunfähigkeit, einen Berufswechsel als geboten und zumutbar erscheinen läßt. Dabei spricht neben den persönlichen Fähigkeiten, dem bisherigen Beruf, dem neuen Beruf und anderen Umständen die Art der Unterhaltspflicht eine entscheidende Rolle. Bei der gesteigerten Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seinen ehelichen Kindern (§§ 1603 Abs. II S. 1 BGB) wird ein Berufswechsel eher zumutbar sein als z. B. bei der Erfüllung der Unterhaltspflicht des unehelichen Kindes[16a]).

Ebenso ist jemand nicht verpflichtet, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, mehr Geld zu verdienen, wenn er alsbald den Hof seines Vaters durch Erbfolge übernimmt[17]). Dann wird man nicht sagen können, er habe die Möglichkeit, seine Unterhaltspflicht bei sonstiger Vermögenslosigkeit zu erfüllen, denn man wird ihm gestatten müssen, sich zu Lebzeiten seines Vaters in die Bewirtschaftung des Hofes einführen zu lassen und sich dort einzuarbeiten.

Nur der ist in der Lage, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, der die Möglichkeit hat, mehr Geld zu verdienen, dieses aber schuldhaft unterläßt. Zu hohe Anforderungen stellt m. E. OLG Celle a.a.O.[17]), das nur dann Leistungsfähigkeit annimmt, wenn der Unterhaltspflichtige die erwähnte Möglichkeit hat, diese aber „böswillig" nicht benutzt.

Vielmehr muß mit dem RG[18]) als richtig erachtet werden, daß der Unterhaltspflichtige auch dann in der Lage ist, wenn „er es unterläßt, seine Erwerbsfähigkeit und Lebensstellung auszunützen. Er muß seine Kräfte anstrengen, um seiner Unterhaltspflicht gerecht zu werden, und er muß sich bemühen, denjenigen Verdienst zu finden, den er bei gutem Willen durch gehörige Verwendung seiner Fähigkeit und Kräfte erlangen kann."

Nach OLG Jena[19]) wird die Leistungsfähigkeit auch begründet durch die Möglichkeit, Erwerbslosenunterstützung für seine Familie zu erhalten. Der Erwerbslose ist in der Lage, seine Familie zu unterhalten, denn er kann die Mittel dazu durch Inanspruchnahme der Erwerbslosenfürsorge aufbringen. Der erwerbslose Un-

---

16a) Kammergericht, Urteil v. 3. 2. 1937, 2 Ss. 4/37 in Ju. Wo. 1937 S. 1338.

17) OLG Celle v. 2. 4. 12 i Jb. d. Fürs. VII, (1913), S. 173 ff.

18) Urt. v. 17. 10. 07 in Recht XI, (1907), S. 1537 Nr. 3823, So auch OLG Düsseld. 7. 2. 34 in DRZ 26 (1934), S. 306 Nr. 305.

19) Urt. v. 21. 1. 27 in JW 1927, S. 3063 Nr. 10.

20) So auch Burghart in ZHeimW 34 (1929) S. 258.

terhaltspflichtige kann nicht verlangen, daß der ihm gegenüber Unterhaltsberechtigte darauf wartet, bis er, der Unterhaltspflichtige, wieder in seinem gelernten Beruf unterkommt. Darum gibt ihm das Gesetz die Möglichkeit, seine Familie zu unterhalten, indem er Familienzuschlag in Anspruch nimmt. Der Erwerbslose k a n n also seine Familie sehr wohl unterhalten. Er muß nur die Zuschläge beantragen; er darf sich nicht passiv verhalten [20]).

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn er seiner Unterhaltspflicht nur genügen kann durch Inanspruchnahme von Armenmitteln. Denn nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 sollen gerade diese Mittel geschützt werden. Die Erwerbslosenunterstützung hat aber nicht den Charakter der Armenpflege. Sie will vielmehr die Arbeitsfähigkeit erhalten und für Wiederaufnahme der Arbeit sorgen. Außerdem werden die Mittel der Armenfürsorge auf andere Weise aufgebracht als die der Erwerbslosenfürsorge.

Die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung setzt Arbeitswilligkeit voraus. Wer Erwerbslosenunterstützung „zum Zwecke der Beendigung der Arbeitslosigkeit durch Annahme von Arbeit nicht in Anspruch nimmt, zeigt, daß er nicht arbeitswillig ist, d. h. daß er seine Arbeitskraft nicht ordnungsgemäß ausnutzen will" [21]).

Wenig korrekt die Fassung: Ein solcher „gilt" als leistungsfähig!. Das sieht nach Fiktion aus, und das genügt auch für den Wortlaut des Gesetzes nicht. Er muß wirklich in der Lage s e i n, nicht als solcher nur g e l t e n. Die Formulierung des Urteils ist richtiger und besser, wonach er deshalb leistungsfähig ist, weil er die Möglichkeit hat, Erwerbslosenunterstützung für seine Familie zu erhalten. Er k a n n seine Familie unterhalten.

Zu dieser Pflicht, seine Arbeitskraft und seine Leistungsfähigkeit pflichtgemäß auszunutzen, gehört auch, daß er die Möglichkeit nicht von der Hand weist, wieder in den Besitz seiner völligen Arbeitskraft zu kommen. Daraus hat OLG Königsberg [22]) gefolgert, daß ein Unterhaltspflichtiger, der nicht arbeitsfähig ist, sich unter gewissen Umständen einer Operation unterziehen müsse, damit er seine volle Arbeitskraft wieder erlangt. OLG Königsberg nimmt hier die Grundsätze zu Hilfe, die das RG bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und mitwirkendem Verschulden aufgestellt hat [23]). Danach kann die Operation verlangt werden, aber sie muß gefahrlos sein, keine nennenswerten Schmerzen verursachen, sie muß wesentliche Besserung versprechen und dem Operierten dürfen keine Kosten entstehen. Wenn diese vier Voraussetzungen gegeben sind, dann hat der Unterhaltspflichtige nach OLG Königsberg die Möglichkeit, seine Unterhaltspflicht in Zukunft zu erfüllen; er ist dann in der Lage, in Zukunft seiner Unterhaltspflicht

21) Jonas im Anschluß an das Urteil des OLG Jena in JW 1927, S. 3063.

22) Urt. v. 24. Mai 1928 in JW 1928, S. 3064 Nr. 15 = LZ 22 (1928), Sp. 926 Nr. 1 = JRdsch. (HRR) 1928, Nr. 1857 = DRZ 1929 Nr. 548.

23) RG in Ziv. Bd. 83, S. 15 ff. (19—20) u. a., vgl. RGRKomm. zu § 254 Note 5.

nachzukommen. Hier gilt wie auch sonst: Wer schuldhaft in dem Zustand verharrt, in dem er zur Leistung des Unterhalts nicht in der Lage ist, entzieht sich der Unterhaltspflicht, wenn er die Möglichkeit hat, durch ordnungsgemäße und pflichtgemäße Ausnützung seiner Arbeitskraft den Unterhalt zu leisten [24]).

Der Rechtsprechung in Zivil- wie in Strafsachen haben die Fälle schon immer Schwierigkeiten bereitet, in denen — meist der uneheliche Vater, jedenfalls der Unterhaltspflichtige — im Betriebe, Geschäfte oder der Landwirtschaft ihrer Eltern oder Ehefrau arbeiten, für diese Arbeit aber keinen Barlohn, sondern lediglich freie Verpflegung, Wohnung und Kleidung erhalten.

Es soll hier nicht behandelt werden, wie man diesen Unterhaltspflichtigen auf zivilrechtlichem Wege beikommen kann [25]). Hier soll lediglich geklärt werden, ob diese „Haussöhne" und „Ehemänner" im Sinne unserer Strafvorschrift in der Lage sind, ihrer Unterhaltspflicht nachzukommen.

Meist übertragen sie das Geschäft zum Schein an die Ehefrau, oder, obgleich die Eltern alt sind und die Söhne die tatsächlichen Betriebsleiter sind, lassen sie sich doch als „Haussöhne" in rechtlich untergeordneter Stellung beschäftigen.

Dadurch aber, daß sie die Möglichkeit, auch rechtlich die Stellung des Geschäftsinhabers oder Verwalters oder Betriebsleiters zu erlangen, die sie tatsächlich längst einnehmen, absichtlich zum Nachteil der ihnen gegenüber Unterhaltsberechtigten nicht benutzen, entziehen sie sich der Unterhaltspflicht, indem sie böswillig in einer wirtschaftlichen Lage verharren, die sie außerstande setzt, der Unterhaltspflicht zu genügen [26]). Sie haben die Möglichkeit, ihre Unterhaltspflicht zu erfüllen, sind also in der Lage, aber sie nutzen diese Möglichkeit schuldhaft nicht aus.

Während § 826 BGB erfordert, daß der Sohn — bzw. Ehemann, jedenfalls der Unterhaltspflichtige — mit dem Inhaber des Betriebes, Geschäftes oder der Landwirtschaft ausdrücklich vereinbart, es solle kein Lohn gezahlt werden, so ist für die Anwendbarkeit des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB lediglich erforderlich, daß der Unterhaltspflichtige es unterläßt, entweder in einer ernstlichen Weise auf eine entsprechende Barzahlung für sein bisher dem nominellen Geschäftsinhaber geleisteten Dienste hinzuwirken, oder aus dem Geschäfte auszutreten und sich anderswo nach Arbeit umzusehen. § 826 BGB verlangt ein gemeinschaftliches Zusammenwirken gegen

---

24) OLG Naumburg vom 24. Sept. 1924 im Rdbrf. ADB Bd. I, S. 34.

25) Z. B. § 117 BGB (Scheingeschäft), §§ 823, 826 BGB, § 856 ZPO (Drittschuldnerklage) u. a. Vgl. dazu Zapf: Kann ein außereheliches Kind, dessen Erzeuger seine Unterhaltspflicht nicht erfüllen kann, weil er im Hauswesen oder Erwerbsgeschäfte seiner Eltern oder seiner Elefrau ohne Barlohn beschäftigt ist, sich an den Eltern oder der Ehefrau seines natürlichen Vaters schadlos halten? Erlangen, Diss. 1929. Vgl. auch die Rspr. unter „Haussöhne und Ehemänner" i. Rdbrf. ADB IV, S. 241 ff., V, 338 ff., VII S. 145 ff., 177 ff., u. a. mit über 100 Urteilen.

26) OLG Naumburg vom 24. Sept. 1924 im Rdbrf. ADB Bd. 1, S. 34.

den Unterhaltsberechtigten, § 361, Abs. 1 Ziff. 10 StGB erfordert jedoch nur das Vorliegen der Möglichkeit, die Unterhaltsberechtigten zu unterhalten [27]).

Soweit die Unterhaltsschuldner sich auf angeblich in ihrer Gegend herrschendes Brauchtum berufen, wonach es einer sittlichen Pflicht entspricht, daß Söhne in dem Betriebe, der Landwirtschaft oder im Geschäft bei ihren Eltern solange ohne Barlohn nur gegen Gewährung von Kost, Unterkunft und Kleidung arbeiten, bis und weil sie später das Geschäft selbst übernehmen, so ist dieses Brauchtum mit Recht von den Gerichten allgemein als unbeachtlich bezeichnet und entsprechend nicht berücksichtigt worden [28]). Vielmehr ist allgemein anerkannt, daß die sittliche — evtl. auf Grund dieses Brauchtums bestehende — Pflicht, fast unentgeltlich, jedenfalls ohne Barlohn, im Betriebe der Eltern zu arbeiten, hinter der Rechtspflicht, den ihnen gegenüber Unterhaltsberechtigten Unterhalt zu gewähren, zurückstehen [29]) muß.

Söhne [30]), die anderen, z. B. ihren unehelichen Kindern gegenüber unterhaltspflichtig sind, berufen sich in solchen Fällen gern auf § 1617 BGB. Sie behaupten dann, daß sie im Haushalt ihrer Eltern leben, von diesen unterhalten werden und deshalb verpflichtet sind, in einer ihren Kräften entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten. Da sie nach dem Wortlaut alle ihre Kräfte dafür zur Verfügung stellen müßten, seien sie nicht in der Lage, ja, biete sich ihnen nicht einmal die Gelegenheit, noch anderswo zu arbeiten und dort Geld zu verdienen, das sie als Unterhalt dem unehelichen Kinde leisten könnten.

Es kann nicht bestritten werden, daß diese Vorschrift auch auf volljährige Kinder Anwendung findet [31]).

Indes entfällt die Anwendung des § 1617 BGB in diesen Fällen aus zwei Gründen: § 1617 besagt nur, inwieweit ein dem elterlichen Hausstand angehörendes Kind den Eltern zur Dienstleistung verpflichtet ist, begründet aber kein Recht — weder des Sohnes noch des Vaters — zum Verbleiben des Sohnes im elterlichen Haushalt, soweit hierdurch die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht ausgeschlossen wird. Die Eltern haben keinen Anspruch darauf, daß das Kind im Elternhause bleibe, damit es ihnen Dienste leistet; vielmehr ist die Verpflichtung zur Leistung von Diensten nur die Folge seines Aufenthalts im Elternhause. Ob das Kind im Eltern-

---

27) So auch Bay. OLG v. 10. 6. 29 in Bay. OLG Entsch. 29, 110, Bay. OLG Entsch. 7, 80 u. a.

28) KG v. 31. 10. 25 in DRZ 18 (1926) Nr. 240 und Bay. OLG Entsch. Bd. 29, 110 und OLG Karlsr. v. 6. 8. 1925 in Bad. RPrax. 1926, S. 21 = Rdbrf. ADB IV, S. 187.

29) Die in Anm. 27 und 28 angegebenen Urt. sowie Bay. OLG v. 9. 3. 1931 i. Bay. Ztschr. 27 (1931), S. 393; Olshausen c Abs. 1 u. 3 Lpz. Kom. X, 2.

30) Für Ehemänner besteht solche Pflicht nicht, so daß diese sich nie auf § 1617 BGB berufen können.

31) Staudinger, zu § 1617, 2 b, β.

hause zu bleiben hat, bestimmt sich ausschließlich nach dem Interesse des Kindes[32]).

Aber auch aus einem anderen Grunde entfällt die Anwendbarkeit des § 1617 BGB in diesen Fällen. Die Söhne verteidigen sich dann damit, daß ihre Eltern in so schlechten Vermögensverhältnissen leben, daß sie diese unterhalten müssen, jedenfalls daß sie nicht einen anderen teureren Gehilfen statt seiner einstellen können. Seine Arbeitsleistung im elterlichen Haushalte würde geleistet in Erfüllung der dem Kinde den Eltern gegenüber gem. § 1601 BGB obliegenden Unterhaltspflicht. Auch dieser Grund ist in den meisten Fällen nicht stichhaltig. Meist erscheint es schon sehr zweifelhaft, ob die Eltern nicht doch in den Verhältnissen leben, daß sie dem Sohne gegenüber unterhaltsberechtigt sind.

Die Unterhaltspflicht des Sohnes seinen Eltern gegenüber scheitert aber an § 1603, Abs. 1 BGB. Danach ist nämlich derjenge „nicht unterhaltspflichtig, der bei Berücksichtigung[33]) seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren".

Voraussetzung der §§ 1601/1603 BGB ist also, daß der Unterhaltspflichtige in der Lage ist, seine sonstigen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Zu diesen sonstigen Verpflichtungen gehört aber auch neben den laufenden Schulden, die er abbezahlt, die Verpflichtung, dem unehelichen Kinde Unterhalt zu leisten[34]).

Damit erscheint jedoch unvereinbar § 4a der Lohnpfändungsverordnung vom 25. 6. 1919 und §§ 850 ff. ZPO, wonach der Unterhaltsanspruch der Verwandten dem des unehelichen Kindes vorgehen soll. Im Verfolg dieser Bestimmung nimmt denn auch OLG Königsberg[35]) an, daß der Anspruch des unehelichen Kindes nicht zu den „sonstigen Verpflichtungen" des § 1603 gehört, da der materiell-rechtliche Inhalt dieser Verfahrensvorschriften den § 1603 BGB einengend auslegt.

Dem kann aber nicht gefolgt werden. Der Unterhaltsanspruch der Eltern, der nach § 4a und § 850 a.a.O. dem des unehelichen Kindes vorgehen soll, besteht gar nicht, wenn der Unterhaltspflichtige bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen nicht

---

32) Staudinger a.a.O., § 1617, 2b. Beschluß d. Bay. OLG I. ZivSen. v. 26. 4. 12 in Rspr. d. OLG Bd. 26 (1913), S. 254; OLG Karlsruhe v. 22. Sept. 1927 in Bad.RPrax. 31 (1929), S. 11 Nr. 5; OLG Karlsr. v. 6. 8. 25 in Bad. RPrax. 1926, S. 21 = Rdbrf. ADB IV, (1928/29), S. 187 und OLG Kgsbg. v. 6. Mai 1929 in Leipz. Zeitschr. 23 (1929) S. 796, Nr. 3 = Rdbrf. ADB V, (1929) S. 98.

33) „Berücksichtigung" ist nicht gleich „in Abzug bringen". So OLG Rostock v. 31. 3. 1915 in Seuff. Arch. Bd. 70, S, 408.

34) So OLG Kassel v. 16. 1. 1930 in JW 1931, S. 1393, Nr. 41; OLG Celle v. 3. 6. 12 in Goltd. Arch. Bd. 61, S. 367; OLG Rostock a.a.O. Anm. 33; RG v. 15. 3. 23 in RGZ Bd. 106, S. 372; OLG Bresl. v. 13. 7. 15. Beschl. d. 8. Ziv. Sen. i. Rspr. d. OLG Bd. 33, S. 115.

35) Beschluß vom 28. 3. 1934 — 2 W 147/34 — und RGRKomm. zu § 1708 Anm. 2.

in der Lage ist, diese zu unterhalten[36]). Aus dem Lohnbeschlagnahmegesetz folgt nicht, daß der Anspruch der Ehefrau und der anderen Verwandten nicht berührt werde durch den des unehelichen Kindes. Selbst wenn sie bei der Vollstreckung bevorrechtigt sind, so schließt das eine Beschränkung ihrer Ansprüche durch die des unehelichen Kindes nicht aus. Eine Bevorrechtigung bei der Vollstreckung setzt voraus ,daß der Unterhaltsanspruch nach bürgerlichem Recht (§ 1603) überhaupt besteht.

Folglich kann sich der „Haussohn" nicht darauf berufen, erst den Eltern Unterhalt leisten zu müssen. Er muß also erst die fälligen Verbindlichkeiten erfüllen, ehe er Unterhalt leistet.

Es soll hier nicht näher auf die zivilrechtliche Seite der Verwirklichung des Unterhaltsanspruches eingegangen werden. Vielmehr soll hierfür auf die Diss. von Zapf und die in Anm. 25 (S. 69 d. Arb.) mitgeteilte Rechtsprechung verwiesen werden. Es soll nur gezeigt werden, daß die Söhne und Ehemänner als Väter unehelicher Kinder, auch wenn sie in dem Betriebe, Geschäft oder der Landwirtschaft ihrer Eltern bzw. ihrer Ehefrauen arbeiten, sehr wohl nicht nur die Möglichkeit haben, den Unterhalt für ihr uneheliches Kind zu beschaffen, sondern dazu nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10, weil sie in der Lage sind, auch verpflichtet sind.

Der Unterhaltspflichtige — in diesem Falle der uneheliche Vater — ist demnach verpflichtet, seine Arbeitskraft so zu verwerten, daß er ausreichendes Entgelt dafür erhält. Voraussetzung dafür ist, wie OLG Kassel mit Recht hervorhebt[37]), daß er die Möglichkeit dazu hat.

Demgemäß muß dem Unterhaltspflichtigen zugemutet werden, sich eine andere Erwerbsquelle zu suchen, wenn er bei der bisherigen Art, sich seinen Lebensunterhalt zu verdienen nicht in der Lage ist, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen[38]), oder aber mit seinem Geschäftsinhaber (Vater oder Ehefrau, die Eigentümer der Landwirtschaft, Gewerbebetriebes u. a. sind), eine Vereinbarung zu treffen über die Vergütung seiner Arbeit. Die Rechtspflicht, dem unehelichen Kinde Unterhalt zu gewähren, geht dem Anspruch der Eltern auf unentgeltliche Dienste vor[39]). Selbst eine gewinnbringende Tätigkeit im Betriebe seiner Eltern muß der Unterhaltspflichtige aufgeben, wenn sie ihm keine Mittel bringt, den Unterhalt für sein uneheliches Kind ganz oder wenigstens teilweise zu bestreiten, sofern er anderwärts eine höhere verdienstbringende Tätigkeit ausüben kann, die es ihm ermöglicht, die Mittel zur — wenigstens teil-

---

36) Vgl. die Rspr. in Anm. 34.

37) OLG Kassel v. 16. 1. 1930 in JW 1931, S. 1393 Nr. 41 = Rdbrf. ADB VII (1931) S. 56.

38) KG v. 31. 10. 25 und 7. 11. 25 in DRZ 18 (1926) Nr. 239 und 240; OLG Karlsr. am 6. 8. 25 in Rdbrf. ADB IV, S. 187 = Bad. RPrax. 1926, S. 21.

39) Bay. OLG v. 10. 7. 1929 = Bay. OLG Entsch. 29, S. 110 = DJZ, 1929, S. 1484; Bay. OLG v. 9. 3. 31 in Ztschr. f. Rpfl. i. Bay. 27 (1931) S. 393/394.

weisen — Unterhaltsbestreitung des unehelichen Kindes zu erbringen [40]).

Denn die sittliche Pflicht, fast unentgeltlich für die Eltern zu arbeiten, muß, wie erwähnt, hinter der Rechtspflicht, dem unehelichen Kinde Unterhalt zu gewähren, zurückstehen [41]).

Ebenso ist klar, daß die Leistungsfähigkeit nicht durch Scheingeschäfte beseitigt wird; denn diese sind gem. § 117 BGB nichtig [42]). Solche Vereinbarungen, durch die ein Ehemann sein Erwerbsgeschäft mit dessen Einverständnis nur zum Schein überträgt, um nicht mehr in der Lage zu sein, Unterhalt zu leisten, ist nicht nur zwischen ihnen, sondern auch, da nichtig, Dritten gegenüber ohne rechtliche Bedeutung. Sie vermag am Vermögensbestand und an der Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehemannes nichts zu ändern.

Dasselbe gilt, wenn der Unterhaltspflichtige ein wirkliches Arbeitsverhältnis verschleiert, insbesondere, wenn er es als familienrechtliches Verhältnis des § 1603 BGB darstellt.

Da aber diese Ehegatten meist in Gütertrennung leben — sonst brauchten sie diese Geschäftsübertragung nicht vorzunehmen — so ergibt sich meist aus §§ 1371, 1427 BGB ein Anspruch, den der Ehemann hat. Die Ehefrau ist danach verpflichtet, einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu leisten [43]). Dieser gehört zu seinem Vermögen. In Gestalt dieses Anspruchs hat er also Mittel, die ihn zur Unterhaltsgewährung instandsetzen wie verpflichten [43a]). Denn wenn die Ehefrau ein Erwerbsgeschäft oder Vermögen hat, so ist der Anspruch auch realisierbar.

Ob Leistungsfähigkeit vorliegt, hat der Strafrichter auf Grund seiner freien Überzeugung festzustellen. Das Gericht ist an die Auffassung der Fürsorgebehörde nicht gebunden [44]). Zur Prüfung der Leistungsfähigkeit durch das Gericht ist jedoch erforderlich, daß der Unterhaltspflichtige auf eine bestimmte Summe in Anspruch genommen ist [45]). Denn das richterliche Prüfungsrecht erstreckt sich darauf, ob die Höhe des Unterhaltsanspruchs so beschaffen ist, daß der Unterhaltspflichtige „in der Lage ist", es zu leisten. Ist aber kein bestimmtes Maß oder keine bestimmte Summe

---

40) Bay. OLG am 21. 1. 32 in JW 1932 S. 1396.

41) Olshausen c Abs. 3; KG a.a.O. (Anm. 38) Bay. OLG a.a.O. Anm. 39 und OLG Königsberg in LZ 1929, Sp. 796.

42) OLG Dresden v. 9. 4. 30 in LZ 25 (1931) Sp. 53 Nr. 4; OLG Rostock v. 7. 9. 27 in Meckl. Z. 44 (1928) S. 251; OLG Dresden v. 10. 6. 15 i. LZ X, (1916) Sp. 1333.

43) OLG Dresden v. 13. 7. 26 i. HRR (Beil. z. ZStW Bd. III, S. 25) und die in Anm. 42 mitget. Rspr.

43a) vgl. dazu Rössler in Ju. Wo. 1937 S. 2497 und Rechtspr. in Ju. Wo. 1932 S. 1396 (Bay. OLG v. 21. 1. 32).

44) KG v. 26. 1. 29 i. DRZ 1929, S. 77 Nr. 426.

45) OLG Darmstadt v. 24. 11. 1899 i. Goltd. Ar. 48, 372 und von Hippel, Bettel, § 3, IV, S. 31, 32.

von ihm gefordert, so kann auch das Gericht nicht feststellen, ob er zu deren Leistung in der Lage ist. Eine solche Feststellung m u ß aber das Gericht treffen, da die Leistungsfähigkeit Tatbestandsmerkmal ist.

Wenn der Unterhaltspflichtige zeitweise in der Lage ist, Unterhalt zu gewähren, in anderen Monaten aber weniger verdient, so kann er nicht den überschüssigen Verdienst aus den „guten" Monaten zurücklegen und für die verdienstlosen Monate sparen. Mit Recht weist das OLG Dresden[46]) darauf hin, daß Sparen an sich sehr löblich ist, daß aber nur der sparen kann, der zuvor seine laufenden fälligen Verpflichtungen erledigt hat. „Ehe er spart, muß er an die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten denken." Ebenso erklärt es in neuester Zeit OLG Celle[47]) für unstatthaft, daß der Unterhaltspflichtige den Verdienst der guten Wochen mit Zeiten der Arbeitslosigkeit ausgleicht. Vielmehr hält es mit Recht für erforderlich, seine Leistungsfähigkeit für einzelne Zeitabschnitte festzustellen, für andere Zeitabschnitte festzustellen, daß er nicht in der Lage war, Unterhalt zu leisten.

Die von Seuffert[48]) dagegen geäußerten Bedenken erscheinen nicht als durchschlagend. „Muß derjenige, der sich und die Seinen recht und schlecht ernähren kann und dabei soviel erübrigt, daß er noch etwas für Fälle der Not zurücklegt, um in Fällen der Not nicht sofort auf fremde Hilfe angewiesen zu sein, muß ein solcher den Sparpfennig hergeben, damit die Gemeinde des Unterstützungswohnsitzes für seine Enkelkinder oder Großeltern weniger zu leisten hat? Muß ein Vater das seiner einen verlobten Tochter schon angeschaffte kleine Heiratsgut verwenden, um eine mißratene liederliche, arbeitsunfähige Tochter zu unterstützen? Muß ein Enkel seine Ersparnisse für die Heirat opfern, um seinen dem Trunke ergebenen Großvater vor dem Armenhause zu bewahren? Man kann nicht verlangen, daß A die für den Fall der eigenen Not ersparten Groschen opfert, um einer Gemeinde für einige Tage oder Wochen die Unterstützungslast abzulehnen. Das Gemeinwesen hat ein größeres Interesse daran, daß ein fleißiger Arbeiter für seine und seiner nächsten Anverwandten Zukunft sorgt, als daß eine Gemeinde oder einem sonstigen Verbande die Erfüllung einer Unterhaltspflicht erspart wird" (Seuff. a.a.O.).

Die Ansicht des OLG Dresden und OLG Celle entspricht dem Gesetz. Die Fälle der Unterhaltspflichtverletzungen, die Seuffert anführt, sind in der Praxis selten im Verhältnis zu denen, in denen der Unterhalt unehelichen Kindern oder nahen Familienangehörigen zu leisten ist (Ehefrau und eheliche Kinder). Das Gesetz verlangt, daß, wer in der Lage ist, auch Unterhalt leistet.

Es kann zwar Seuffert nicht bestritten werden, daß „das Gemeinwesen ein größeres Interesse daran hat, daß ein fleißiger Ar-

46) OLG Dresd. v. 14. 2. 07 i. Sächs. Arch. f. Rpfl. Bd. II (1907), S. 504.
47) OLG Celle v. 2. 5. 35 i. Rdbrf. ADB XI (1935/6) Sp. 328.
48) Seuff. i. Ztschr. f. d. ges. StrRW Bd. 15, (1895), S. 807 ff., S. 812.

beiter für seine und seiner nächsten Anverwandten Zukunft sorgt, als daß einer Gemeinde oder einem sonstigen Verbande die Erfüllung einer Unterhaltspflicht erspart wird." Aber das Interesse des Gemeinwesens, daß jeder seine Pflicht, die ihm obliegt, erfüllt, insbesondere, daß jeder sich so verhält, daß er nicht mit dem Strafgesetz in Konflikt kommt, muß höher gewertet werden als das Interesse, daß ein fleißiger Arbeiter unter schuldhafter Vernachlässigung seiner sonstigen familienrechtlichen Unterhaltsverpflichtungen für seine und seiner nächsten Anverwandten Zukunft sorgt.

In der Lage ist auch, wer zwar nicht den ganzen Unterhalt, wohl aber einen Teil desselben leisten kann[49]).

Er muß Teilleistung anbieten und darf sich nicht darauf berufen, daß er zur vollen Unterhaltsleistung nicht in der Lage war. Denn er unterläßt dann diese Teilleistung, obgleich er dazu in der Lage ist und die Armenbehörde muß nun für den gesamten Betrag aufkommen. Er hat sich dann seiner Unterhaltspflicht derart entzogen, daß infolge dieser Nichtleistung durch Vermittlung der Behörde auch für diesen Betrag, den der Unterhaltspflichtige hätte leisten können und müssen, fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

Wer aber nur einen Teil leistet, obwohl er bei Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Lage imstande wäre, den vollen Unterhalt zu gewähren, macht sich bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB ebenfalls strafbar, da er sich in Höhe dieses fehlenden Teiles der Unterhaltspflicht entzieht.

Bis zu welchem Grade der Unterhaltspflichtige sich selbst seiner Mittel entblößen muß, ist je nach Art des Unterhaltsanspruches verschieden zu beurteilen[50]). Dies bestimmt das BGB. Auf diese Frage soll hier, da es sich um bürgerlich-rechtliche und prozeßrechtliche Fragen handelt, nicht näher eingegangen werden. Lediglich beim unehelichen Vater besteht eine Besonderheit. Nach dem BGB (§ 1708) besteht eine solche Begrenzung nicht. Da aber tatsächliche Leistungsfähigkeit Voraussetzung für die Strafbarkeit ist, so ist anzunehmen, daß die untere Grenze bei dem notdürftigen Unterhalt des unehelichen Vaters liegt[51]).

---

49) RMilGer. v. 28. Aug. 1912 in RMG Entsch. 17, 114 f.; OLG Dresden v. 17. 12. 29 in LZ 25 (1931) Sp. 52; OLG Hamm vom 26. Sept. 1911; Goltd. Arch. 59, S. 381; OLG Karlsr. vom 23. 7. 1925 in HRR (Beil. z. StW) Bd. 46, S. 399 = Bad. RPrax. 1926, S. 70 Nr. 16, OLG Düsseldorf 7. 2. 34 in DRZ 26, (1934), S. 306 Nr. 305; OLG Rostock, v. 7. Sept. 1927 in Meckl. Ztschr. Bd. 44 (1928) S. 251; OLG Breslau v. 4. Mai 1909 in ZBl. f. Jugendrecht Bd. I, S. 264. Bay. OLG v. 9. 3. 31 in Ztschr. f. Rpfl. i. Bay. 27 (1931), S. 393; OLG Braunschw. 15. 3. 06 in DJZ 12 (1907) S. 432.

50) Anders bei minderjährigen, bei volljährigen, bei ehelichen und unehelichen Kindern, bei geschiedenen und nicht geschiedenen Ehegatten usw.

51) „Im strafrechtl. Sinne findet die Leistungsfähigkeit gegenüber dem unehelichen Kinde dort ihre untere Grenze, wo für den Unterhaltspflichtigen die Möglichkeit aufhört, mehr als seinen oder seiner Familie notdürftigen Unterhalt zu verdienen." So KG am 17. Mai 1930 in DJZ 36, (1931), Sp. 172;

III. Welche Bedeutung hat das Tatbestandsmerkmal „trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde?"

1. Wann liegt eine Aufforderung vor und welche Voraussetzungen werden an sie geknüpft?

Die Strafbarkeit ist ferner davon abhängig, daß der Unterhaltspflichtige von der zuständigen Behörde aufgefordert ist, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen.

a) Wir wollen uns zunächst mit der Form, dem Wesen und den Voraussetzungen der Aufforderung beschäftigen.

Das Reichsrecht hat eine Bestimmung über Form und Inhalt der Aufforderung nicht getroffen. Der reichsgesetzlichen Vorschrift ist deshalb genügt, wenn der Verletzer in irgend einer Weise zur Erfüllung seiner Pflicht ermahnt wird. Sie ist kein obrigkeitlicher Befehl. Sie ist lediglich ein „Appell an das moralische Pflichtgefühl des Verpflichteten", eine gütliche Ermahnung, seiner Pflicht nachzukommen, gleichzeitig mit dem Hinweis auf die drohenden strafrechtlichen Folgen der Nichterfüllung [1]).

Die Aufforderung ist insoweit an keine Form gebunden [2]). Anderer Ansicht nur das OLG Frankfurt [3]). Danach muß die Aufforderung den Erfordernissen des § 65 Pr. Auf.Ges. zum UWG genügen, d. h. sie muß die Form eines mit Gründen versehenen förmlichen Beschlusses haben, der nach Anhörung der Beteiligten zustande gekommen ist, der vorläufig vollstreckbar ist und gegen den innerhalb von 10 Tagen der Rekurs zulässig ist. Das leitet das OLG Frankfurt aus dem Zusammenhang her, in dem § 361 Abs. 1 Ziff. 10 mit dem UWG steht [4]). Da schon nach § 65 a.a.O. für das Zwangsverfahren im Verwaltungswege ein Resolut erforderlich sei, so sei dasselbe auch für das strafgerichtliche Verfahren notwendig; denn dieses trete nur ein, wenn die anderen Mittel dem Unterhaltspflichtigen zur Unterstützung seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen anzuhalten, erfolglos geblieben sind. Es könne nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, das strafgerichtliche Verfahren eintreten zu lassen, wenn der Unterhaltspflichtige formlos zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht aufgefordert ist. Das Gesetz fordere eine formelle Aufforderung um deswillen, weil dem Unterhaltspflichtigen vor Augen gestellt werden müsse, daß jetzt seine Unterhaltspflicht fest-

---

KG v. 25. Mai 1929 in JW 1930, S. 580 = „Recht" 33 (1929) Nr. 2094, S. 552. So auch OLG Rostock vom 11. Febr. 1927 in Meckl. Ztschr. Bd. 43 (1927), S. 599/600.

1) OLG Colmar v. 30. 10. 1899 i. Els. Lothr. Ztschr. Bd. 25 (1900), S. 364 (366).

2) So allgemein die Rspr., bes. KG v. 22. Dez. 1928, in Goltd. Arch. Bd. 73, S. 261/62.

3) Urt. d. OLG Frankfurt v. 8. 4. 1896 in Goltd. Arch. Bd. 44, S. 279; Urt. v. 5. 5. 1897 in Frankf. Rdsch. 31 (1897) S. 122 und Urt. v. 17. 3. 1899 a.a.O., Bd. 33 (1899) S. 41/42.

4) Urt. v. 5. Mai 1897 in Frankf. Rdsch. 31 (1897) S. 122.

gestellt sei und er gesetzliche Zwangsmittel zu erwarten habe. Dazu erscheine eine formlose Aufforderung, die leicht den Charakter einer Ermahnung haben könne, nicht geeignet.

Außerdem sei evtl. die auffordernde Behörde und der als „fremde Hilfe" in Anspruch genommene Armenverband identisch, und bei dem Widerstreit der Interessen zwischen der gleichzeitig den Armenverband bildenden Behörde und dem zivilrechtlichen Alimentationspflichtigen müsse gefordert werden, daß die Aufforderung, die Voraussetzung der Strafbarkeit ist, sich in den Formen bewege, die § 65 a.a.O. vorschreibt[5]).

Im Gesetz findet dieses Erfordernis, das das OLG Frankfurt in ständiger Rechtsprechung an die „Aufforderung" stellt, auch keine Stütze. In Literatur[6]) und Rechtsprechung ist dieser Ansicht entgegengetreten.

Zu einer Aufforderung, den Unterhalt zu leisten, genügt begriffsmäßig nicht, daß dem Verpflichteten die Strafnorm vorgelesen wird. Er muß zur Zahlung aufgefordert sein[7]) und ihm zum Bewußtsein gebracht sein, daß er seiner Unterhaltspflicht in Zukunft nachkommen soll. Mit Recht hat aber OLG Marienwerder[8]) für genügend gehalten, daß eine in § 361 Abs. 1 Ziff. 10 vorgesehene Aufforderung auch dann vorliegt, wenn ein ausdrücklicher Vermerk in dem von der Polizeiverwaltung aufgenommenem Protokoll über die Vernehmung des Unterhaltspflichtigen nicht enthalten ist. Aus der Verlesung der Bestimmungen des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB und des § 20 der RVO über Fürsorgepflicht und der sich daran anschließenden Erklärung des Verpflichteten, seiner Unterhaltspflicht in Zukunft nachzukommen, entnimmt das OLG mit Recht, daß hierin eine Aufforderung liege und vom Angeklagten auch als solche aufgefaßt sei.

Die Aufforderung muß dahin gehen, daß er zukünftig der Unterhaltspflicht genügen solle. Sie kann auch die Geltendmachung der Ersatzforderung für den in der Vergangenheit geleisteten Unterhalt enthalten, sie muß aber mindestens das Verlangen künftiger Erfüllung der Unterhaltspflicht zum Ausdruck bringen, oder es muß aus der Aufforderung, für die in der Vergangenheit gemachten Aufwendungen Ersatz zu leisten, zugleich der Wille ersichtlich sein, auch zur Erfüllung der zukünftigen Leistung aufzufordern[9]). Ein Hinweis auf die Strafbestimmung ist nicht notwendig.

Es ist nicht erforderlich, daß der Verpflichtete durch Klageerhebung oder durch Mahnung in Verzug gesetzt ist[10]). Denn dann

5) OLG Frankf. 8. 4. 1896, a.a.O. (vgl. Anm. 3).

6) Schriften d. Dt. Ver. f. Armenpfl. u. Wohltätigk. Heft 36 (1898) und Collatz i. Pr. VerwBl. Bd. 22 (1901) S. 422.

7) KG am 8. 12. 28 in JW 1929, S. 1066, Nr. 3 u. Bay. OLG v. 9. Okt. 06, i. Seuff. Bl. 72 (1907) S. 744.

8) Urt. v. 5. 3. 36 i. Rdbrf. ADB XII, (1936/37) Sp. 43.

9) Bay. OLG v. 23. 2. 07 in Bay. OLGEntsch. 7, S. 238.

10) OLG Marienwerder v. 18. 9. 1900 in Goltd. Archiv Bd. 47, S. 469.

würde die Strafbarkeit abhängig gemacht werden von einem Einschreiten des Unterhaltsberechtigten. Würde man dieser Ansicht nicht folgen, so würde sich ergeben, daß die Aufforderung erst ergehen könnte, nachdem der Unterhaltsberechtigte den Unterhaltspflichtigen durch Klageerhebung oder Mahnung in Verzug gesetzt hat (§ 284 Abs. 1 BGB). Da es sich hier bei familienrechtlichen Unterhaltspflichten jedoch meist um Familienangehörige handelt — von den Fällen des unehelichen Vaters, des geschiedenen Ehegatten und wenigen anderen abgesehen —, so wäre die Strafbarkeit davon abhängig, daß das unterhaltsberechtigte Familienmitglied den Unterhaltspflichtigen in Verzug setzt. Da hier aber der Schutz öffentlicher Interessen bezweckt wird, so kann die Strafbarkeit nicht davon abhängig sein, ob ein — vielleicht bescheidener — unterhaltsberechtigter Verwandter den Unterhaltspflichtigen in Verzug setzt oder nicht. Durch die Unterlassung der Mahnung oder Klageerhebung würde aber die öffentliche Armenpflege aufs schwerste geschädigt. Derartige Gefühle des einzelnen können aber bei Strafverfolgung aus öffentlichem Interesse keine Berücksichtigung finden (OLG Marienwerder a.a.O.).

Ebenso ist nicht erforderlich[11]), daß die Vollstreckung des Zivilurteils hätte versucht werden müssen. Dieses Erfordernis stellt das Gesetz nicht auf.

Gesetzliches Erfordernis ist nicht, daß die Aufforderung von der zuständigen Behörde unmittelbar an den Unterhaltspflichtigen ergeht. Es kann auch eine Behörde um Übermittlung der Aufforderung ersucht werden[12]), da eine Form für die Aufforderung, wie sie dem Unterhaltspflichtigen zugehen muß, nicht vorgeschrieben ist.

Erforderlich ist nur, daß die Aufforderung dem Pflichtigen zur Kenntnis kommt. Eine Ersatzzustellung oder öffentliche Zustellung genügt nicht[13]). Die Kenntnis muß dem Verletzer der Unterhaltspflicht im Prozeß von der Anklagebehörde bewiesen werden; mißlingt der Beweis, so erfolgt Freisprechung.

In diesem Falle der Übermittlung der Aufforderung durch eine andere Behörde muß aber dem Unterhaltspflichtigen klar ersichtlich sein, von wem die Aufforderung ausgeht, welche Behörde um Aufforderung ersucht hat[14]). Denn nur eine Aufforderung der zuständigen Behörde entspricht den Erfordernissen des § 361 Abs. 1 Ziffer 10 StGB. Die ersuchende Behörde muß zuständig sein[14]).

b) Obgleich das Gesetz an die Aufforderung keine Bedingungen stellt außer der, daß sie von einer zuständigen Behörde erlassen

---

11) Bay. OLG v. 9. 6. 21 in Bay. OLGEntsch. Bd. 21, S. 204 = LZ 1921, 757.

12) Bay. OLG v. 9. 10. 06 in Bay. OLGEntsch. Bd. 7, 84.

13) Bay. OLG Urt. v. 9. 10. 06, in Seuff. Bl. 72, S. 744.

14) KG vom 8. Dez. 1928 in JW 1929, S. 1066 Nr. 3 = Goltd. Arch. Bd. 73, S. 261 (263).

sein muß, so war sich die Rechtsprechung doch nicht einig über den notwendigen Inhalt der Aufforderung.

Das OLG Darmstadt[15]) sowie das OLG Hamm[16]) hielten den Tatbestand des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 nur dann für gegeben, wenn die zuständige Armenverwaltung in ihrer Aufforderung an den Unterhaltspflichtigen einen bestimmten Betrag der zu leistenden Unterhaltsrente angegeben habe. Die Aufforderung, einen „angemessenen Betrag" zu leisten, könne nicht als genügend angesehen werden, selbst dann nicht, wenn der Unterhaltspflichtige vorher durch zivilgerichtliches Urteil zur Zahlung bestimmter Unterhaltsbeiträge verurteilt war. Das OLG Hamm wie das OLG Darmstadt gingen davon aus, daß es Sache der Armenverwaltung sei, zu ermitteln, welchen Betrag der Unterhaltspflichtige zu leisten in der Lage war, und die Aufforderung dahin entsprechend zu erlassen, daß er diesen Betrag zu leisten oder wenigstens einen seiner Leistungsfähigkeit entsprechenden Betrag anzubieten habe.

Diese eigenartige und nicht aus dem Gesetz herzuleitende Rechtsprechung hat der Oberstaatsanwalt beim OLG Hamm[16]) den Armenverwaltungen mitgeteilt, um auf diese Rechtserwägungen sich stützende Freisprechungen Unterhaltssäumiger zu verhindern.

Nachdem andere OLG[17]) diese Rechtsprechung ausdrücklich ablehnten, gaben beide OLG ihre Meinung auch bald auf[18]).

Die vom OLG Darmstadt und OLG Hamm früher vertretene Ansicht[19]) hat zwar große Vorteile, aber auch erhebliche Nachteile.

Wenn die Art der Unterhaltsleistung — z. B. beim unehelichen Vater § 1709 BGB — unzweifelhaft feststeht, so ist es empfehlenswert, die Art, wie der Unterhalt zu leisten ist, in der Aufforderung mit anzugeben. Wenn der Unterhaltspflichtige nicht nur aufgefordert wird, Unterhalt zu leisten, sondern Unterhalt in Form einer Rente in Höhe von ..... zu leisten, so wird später im Strafverfahren der Beweis erleichtert, daß der Angeklagte seine Verpflichtung und seine Leistungsfähigkeit gekannt hat.

Indessen würde, wollte man dies als Erfordernis der Aufforderung ansehen, die Anwendung der Strafbestimmung sehr beeinträchtigt werden. Es begegnet erheblichen Schwierigkeiten, wenn man der Behörde zumuten wollte, was das Gericht erst nach langer Prüfung feststellen kann: die Art und Höhe des Unterhalts. Die

---

15) Urt. v. 24. 11. 1899 in Goltd. A. 48 S. 372.

16) Nach einem Rdschrb. d. Oberstaatsanwalts des OLG Hamm, abgedr. i. Zentr. Bl. f. Jugendrecht und Jugendwohlfahrt III (1912) S. 178.

17) Z. B. OLG Dresden v. 7. 12. 25 in HRR (Beil. z. ZStW Bd. 47) Bd. II (1927) S. 116 und v. 18. 9. 1929 in JRdsch. VI (1930), Bd. II (Rspr.) Nr. 265; OLG Karlsruhe v. 22. 1. 1931 in Bad. RPrax. 33 (1931) S. 133/34 Nr. 28.

18) OLG Darmstadt, Urt. v. 30. 1. 1914 in Hess. Rspr. 1915, S. 83 im Anschluß an OLG Hamm vom 26. Sept. 1911 i. Goltd. Arch. Bd. 59, S. 379 ff. = Zentr. Bl. f. Jugendrecht VIII, (1917) S. 33.

19) siehe oben, vgl. Anm. 15/16.

Wirkung der Strafbestimmung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 würde erheblich beeinträchtigt.

Die Behörde braucht deshalb nur aufzufordern, den Unterhalt zu leisten, zu dem er gesetzlich verpflichtet ist. Weitere Prüfungen ihr aufzubürden, ist ebenso unzweckmäßig wie überflüssig, da das Gesetz an die Aufforderung keine solchen Erfordernisse stellt. Meist kennt auch der Unterhaltspflichtige die Verhältnisse, und er hat meist keinen Zweifel darüber, welche Art und welcher Betrag an Unterhalt zu leisten sind. Auch kann er in der Regel den Betrag selbst bestimmen und erfährt dann, wenn er zu wenig leistet.

Eine allgemein gehaltene Aufforderung, Unterhalt zu leisten, genügt also. Sonst wird der Zweck des Gesetzgebers vereitelt, die Armenbehörde zu entlasten und der Böswilligkeit Vorschub geleistet. Das zeigt sich besonders an zwei Fällen:

α) Nach § 1612 Abs. 2 BGB können Eltern selbst bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt ihren ehelichen Kindern gewährt werden soll. Es bleibt ihnen also überlassen, ob sie Naturalleistung in ihrem Haushalt oder eine Geldrente oder Unterbringung bei einem Dritten (Pensionat) oder in einer Anstalt (Alumnat) oder auf andere Weise gewähren, allerdings mit der Einschränkung des § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. Welche Art des Unterhalts gewährt wird, hat der unterhaltspflichtige Elternteil zu bestimmen. Die Behörde ist also gar nicht in der Lage, bei Weigerung der Eltern, Unterhalt zu leisten, eine bestimmte Aufforderung an diese ergehen zu lassen, sie kann auch nicht alternativ eine Aufforderung ergehen lassen, da die Möglichkeiten, die den Eltern zur Verfügung stehen, zu mannigfach sind.

Hieraus sieht man, daß der strafrechtliche Schutz eines so wichtigen Unterhaltsanspruches versagen würde, wollte man der Behörde die Pflicht auferlegen, ihre Aufforderung dahin zu richten, den Unterhalt in einer bestimmten Art oder in einem bestimmten Umfang zu leisten. Vielmehr muß man annehmen, zumal das Gesetz schweigt, daß eine allgemein gehaltene Aufforderung genügt.

β) Ebenso klar zeigt sich das in dem nicht seltenen Fall, bei dem der Ehemann seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau Unterhalt zu gewähren hat. Nach § 1360 Abs. 3 BGB ist der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren. Darf aber ein Ehegatte die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern und tut er das, so ist der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Wollte man an die Aufforderung zu ihrer Wirksamkeit im Sinne der Ziffer 10 des § 361 StGB das Erfordernis stellen, sie müsse Art und Maß des Unterhalts enthalten, so würde das dazu führen, daß die Behörde, ehe sie diese Aufforderung erlassen kann, erst prüfen muß, ob der Berechtigte die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern darf oder nicht. Denn von der Entscheidung dieser Frage hängt die Art des Unterhalts ab.

Das aber wird der Behörde meist nicht möglich sein, zu entscheiden, es ist auch nicht ihre Aufgabe. Würde im Strafverfahren festgestellt, daß die Ehefrau nicht berechtigt war, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern, hatte aber die Behörde das Gegenteil angenommen, und daher die Aufforderung an den Ehemann erlassen, den Unterhalt durch Gewährung einer Geldrente nach § 1361 Abs. 1 BGB zu leisten, so würde eine Bestrafung nicht erfolgen können, weil der Ehemann zur Leistung einer Geldrente nicht verpflichtet ist. Dasselbe gilt in umgekehrtem Falle.

Diese beiden, dem Urteil des OLG Hamm vom 26. Sept. 1911 [20]) entnommenen Beispiele zeigen deutlich, daß eine Aufforderung, Unterhalt zu leisten, nicht auch dahin gerichtet zu sein braucht, die Art und das Maß des zu gewährenden Unterhalts anzugeben. Auch das Gesetz selbst stellt an die „Aufforderung der Behörde" nicht diese erhöhten Anforderungen.

c) Eine weitere strittige Frage, die praktisch sehr bedeutungsvoll ist, ist die Frage nach der Wirkung der Aufforderung.

Die Verletzung der Unterhaltspflicht als solche ist nicht strafbar. Sie wird es erst, wenn der Pflichtige von der Behörde aufgefordert wird, Unterhalt zu leisten, und er trotz dieser Aufforderung den Untehalt nicht leistet. Als solcher Ungehorsam gegen die behördliche Aufforderung wird die Unterhaltspflichtverletzung strafbar [21]).

Eine solche Aufforderung verliert aber ihre Wirkung, wenn der Unterhaltspflichtige ihr längere Zeit nachgekommen ist [22]). Wenn der Unterhaltspflichtige längere Zeit den seiner Leistungsfähigkeit entsprechenden Unterhalt entrichtet hat, so ist seine neuerliche Unterhaltspflichtverletzung kein Ungehorsam mehr gegen die Aufforderung. Das ist dann nicht anzunehmen, wenn der Unterhaltspflichtige nur vorübergehend einzelne Zahlungen oder Beträge geleistet hat [23]). Denn dadurch ist der vom Gesetz mißbilligte Zustand nicht behoben. Bei längerer Unterhaltspflichterfüllung muß man aber annehmen, daß die Aufforderung ihre Wirkung verliert. Denn sie soll den Unterhaltspflichtigen nicht nur über seine Pflicht aufklären, sondern ihn auch vor dem Strafverfahren warnen.

Es würde dem Sinn des Gesetzes widersprechen, wenn man zur Verhängung einer Strafe die einmalige frühere Aufforderung genügen ließe, der der Pflichtige jahrelang pünktlich nachgekommen

20) OLG Hamm in Goltd. Arch. Bd. 59, 380.

21) KG vom 1. 12. 1908 in KG Jb. 37 C. S. 78.

22) OLG Köln v. 6. 10. 33 i. HRR (Beil. z. JRdsch.) X. (1934) Nr. 74 = „Recht", 38 (1934) Sp. 413 Nr. 1710. Weitpert i. Bl. f. öff. Fürs. X (1925) S. 185; Bretzfeld a.a.O. S. 419, Eckstein S. 44 u. a.

23) Bretzfeld a.a.O. Anders neuerdings anscheinend das OLG Jena. Urt. v. 19. 3. 37 in Ju. Wo. 1937 S. 1812, das annimmt, daß es sich um ein Dauerdelikt handelt, das nach jeder ordnungsgemäßen Aufforderung nur einmal durch anhaltendes Unterlassen begangen werden könne. Eine Verurteilung wegen fortgesetzter Handlung sei daher nicht möglich.

war. Das würde nämlich die Folge haben, daß der Unterhaltspflichtige, auch wenn er jahrelang pünktlich geleistet hat, schon bei einmaliger Nichterfüllung im Hinblick auf die — evtl. vor Jahren — ergangene Aufforderung strafbar wäre. Anderer Ansicht allerdings das KG und im Anschluß daran Weitpert[24]). Diese nehmen an, daß eine einmal ergangene Aufforderung für die ganze Dauer der Unterhaltspflicht fortwirkt. Auch bei längerem ordnungsmäßigem Leisten des Unterhalts erlösche die Wirkung der Aufforderung nicht, sondern bei neuerlicher Entziehung des Unterhaltspflichtigen, auch nach Jahren ordnungsgemäßer Pflichterfüllung, bedürfe es zur Strafbarkeit beim Vorliegen der anderen Tatbestandsmerkmale einer neuerlichen Aufforderung nicht.

Aus den oben dargelegten Gründen kann dem nicht gefolgt werden.

Damit in Zusammenhang steht die praktisch ebenfalls sehr wichtige Frage, ob eine Aufforderung über ein freisprechendes oder verurteilendes Urteil hinauswirkt.

Insoweit besteht kein Zweifel, als nach einem freisprechenden Urteil zu erneuter strafgerichtlicher Verfolgung auch eine neue Aufforderung an den Unterhaltspflichtigen ergehen muß, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Denn über ein freisprechendes Urteil wirkt ein Tatbestandsmerkmal nicht hinaus[25]).

Selbst wenn man anders entscheidet, so wird man praktisch ein anderes Ergebnis nicht erzielen. Der Vorsatz, wie später noch zu zeigen sein wird, muß auch die Kenntnis der Aufforderung mit umfassen, und es wird dem Unterhaltspflichtigen im Strafprozeß nur selten widerlegt werden können, daß er geglaubt habe, er erhielte erst noch eine Aufforderung, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen.

Anders ist die Rechtslage dann, wenn der Unterhaltspflichtige aufgefordert wird, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, dann entsprechend verurteilt wird und auch nach der Verurteilung seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt. Kann er wieder verurteilt werden oder muß gegen ihn wieder eine Aufforderung erlassen werden, ehe er ein zweites Mal verurteilt werden kann?

Mit dem Grundsatz „ne bis in idem" hat die Frage nichts zu tun. Denn während für das erste Urteil das Verhalten des Angeklagten von Kenntnis der Aufforderung bis zum Erlaß des Urteils maßgebend ist, so würde für das zweite Urteil lediglich das Verhalten des Angeklagten vom Erlaß des ersten Urteils bis zum Erlaß des zweiten Urteils in Frage stehen.

---

24) KG vom 22. Dez. 1928 in JW 1929, S. 275 Nr. 5 und Rdbrf. ADB V (1929) S. 99; und Weitpert in Bl. f. öff. Fürs. XVII (1932), S. 165 im Gegensatz zu Weitpert in Bl. f. öff. Fürs. X, (1924), S. 185. Vgl. Anm. 22 S. 81.

25) So LG Bamberg — Beschl. v. 23. 12. 1927 i. JW 1928, S. 435 Nr. 3 —; OLG Celle v. 8. 6. 1928 in JW 1928 S. 3063 Nr. 11 und OLG Dresden v. 22. 3. 1927 i. LZ 1927, 1165 = Rdbrf. ADB IV (1928), S. 189.

Vielmehr ist die hier zu entscheidende Frage die, ob zu einer erneuten Verurteilung eine erneute Aufforderung notwendig ist.

Man könnte das bejahen. Denn verurteilt kann der Unterhaltspflichtige erst werden, wenn erneut alle Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Seine Pflicht muß fortdauern, er muß noch leistungsfähig sein, fremde Hilfe muß wieder durch Vermittlung der Behörde in Anspruch genommen werden usw. So meint denn OLG Celle[26]), daß, nachdem die „frühere Aufforderung zu einer rechtskräftig anerkannten und verbüßten Strafe geführt hat", eine erneute Aufforderung notwendig ist, um den Unterhaltspflichtigen erneut zu verurteilen. Dem haben sich in Rechtsprechung verschiedene OLG[27]) sowie im Schrifttum verschiedene Schriftsteller[28]) angeschlossen.

Hierbei wird von folgenden Erwägungen ausgegangen:

Die Aufforderung habe keine dauernde Wirkung, jedenfalls nicht über eine Verurteilung hinaus. Denn das Strafurteil beendet die bis zum Erlaß des Urteils begangene strafbare Handlung. Die Aufforderung der Behörde ist aber ein wesentliches und besonderes Erfordernis der Strafbarkeit und des strafgerichtlichen Einschreitens neben den übrigen Erfordernissen.

Außerdem sei der Tatbestand des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 nicht bei einfacher Unterhaltsverletzung erfüllt, sondern erst dann, wenn der Verpflichtete auf seine Unterhaltspflicht behördlich hingewiesen ist und trotzdem im Ungehorsam gegen diese Aufforderung verharrt, so daß ein anderer statt seiner eintreten muß. Wenn wegen dieses Ungehorsams gegen die Aufforderung Bestrafung erfolgt ist — ob Strafe vollstreckt werden konnte oder ob sie wegen Geisteskrankheit oder Begnadigung oder unbekanntem Aufenthalt nicht vollstreckt ist, ist dabei gleichgültig —, so müsse zu einer neuerlichen Bestrafung des Unterhaltspflichtigen aus § 361 Abs. 1 Ziff. 10 die Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale der Ziffer 10 nach Erlaß des Urteils festgestellt werden.

Ferner bestehe die Übertretung des Angeklagten in dem fortgesetzten Beharren in einem gesetzwidrigen Zustand, er bleibt fortdauernd gegenüber der vor der ersten Verurteilung ergangenen Aufforderung, seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, ungehorsam. Zu einer abermaligen Strafverfolgung würde eine neue Tat erforderlich sein, die aber nur dann anzunehmen ist, wenn alle Tatbestandsmerkmale des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB erneut vorliegen, insbesondere daß von neuem ein Ungehorsam gegen eine wiederholte Aufforderung der zuständigen Behörde zur Leistung des Un-

26) Urt. v. 8. 6. 1928 i. JW, 1928 S. 3063 Nr. 11 = ZHeimW 34 (1929), S. 16.

27) OLG Colmar vom 7. Mai 1907 in Els. Lothr. Ztschr. 33 (1908), S. 486 Nr. 166; OLG Frankfurt vom 17. März 1899 in Frankf. Rdsch. 33 (1899) S. 41/42 u. a.

28) Brunn in PrVerwBl. 27 (1906) S. 220; Burghart in ZHeimW 34, (1929), Sp. 262; Bretzfeld in Ztschr. f. Rpfl. in Bay. VII, (1911) S. 419 ff.; Eckstein, S. 44 u. a.

terhalts eingetreten wäre. Daß der Angeklagte gegen die frühere Aufforderung der zuständigen Behörde dauernd ungehorsam ist, sei nicht ausreichend.

Zu dieser Auffassung hat sich das KG[29]) in Widerspruch gesetzt, indem es ausführte: Bei Zuwiderhandlungen gegen ein besonderes Gebot oder Verbot, die das Gesetz unter Strafe stellt, bildet das Vorhandensein des Gebots oder Verbots ein notwendiges Tatbestandsmerkmal. Mehrere Zuwiderhandlungen gegen ein und dasselbe Verbot sind sehr wohl als selbständige Straftaten denkbar. Voraussetzung hierfür ist, daß die Geltung des Gebots oder Verbots auf längeren Zeitraum erstreckt. Das aber ist bei der Aufforderung der Fall. Diese hat die Aufgabe, bei dem Unterhaltspflichtigen darauf hinzuwirken, daß er „in Zukunft" seine Unterhaltspflicht erfülle.

Auch wenn er schon rechtskräftig verurteilt ist, so wird ihm klar sein, daß er aufgefordert war, in Zukunft Unterhalt zu leisten, und unter der Wirkung dieser Aufforderung steht er noch. Dazu kommt, daß einer solchen Aufforderung mehr als einmal zuwider gehandelt werden kann[29a]).

Letztlich strafbar sei doch das Sich-entziehen; nach einer rechtskräftigen Verurteilung auch bei einheitlichem Vorsatz, nie Unterhalt zu leisten, ohne Rücksicht darauf, ob er bestraft wird, ist eine Identität der Straftat nicht anzunehmen. Denn bei allen strafbaren Handlungen, bei denen sich die Verwirklichung des Tatbestandes über einen längeren Zeitraum erstreckt (Dauerdelikt, Kollektivdelikt oder fortgesetztes Delikt) muß der Grundsatz gelten, daß eine Verurteilung, die die vor ihr liegenden Handlungen zum Gegenstand haben kann, eine neue Rechtslage schafft. Alle zeitlich nachfolgenden Tatbestandsverwirklichungen müssen rechtlich als neue Straftat beurteilt werden, mögen sie auch ohne die Verurteilung mit dem vorhergehenden Tun in einem gewissen Zusammenhang stehen[30]).

Dem hat sich Weitpert[31]) angeschlossen, der sogar von „einstimmiger Rechtsprechung zur Frage der Rechtskraftwirkung der Dauerdelikte" spricht.

Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Eine neuerliche Aufforderung wird man schon um deswillen zur Strafbarkeit fordern müssen, weil der Unterhaltspflichtige einer neuerlichen Auf-

---

29) KG v. 22. 12. 28 i. Goltd. A. Bd. 73, S. 263 = JW 1929 S. 275 Nr. 5 = Rdbrf. ADB V, S. 99 = „Recht", Bd. 33 (1929) S. 287 Nr. 1143.

29a) anscheinend anderer Meinung OLG Jena, Urt. v. 19. 3. 37 in Ju. Wo. 1937 S. 1812, welches annimmt, daß das Delikt nach jeder ordnungsgemäß ergangenen Aufforderung nur einmal durch anhaltendes Unterlassen begangen werden kann.

30) Vgl. für das Kollektivdelikt RG 42, 372 und für das fortgesetzte Delikt RG 49, 353.

31) Weitpert, Bl. f. ö. Fürs. VIII (1932) S. 170 und Schorn, JRdsch. VIII (1932), S. 241.

forderung vielleicht doch nachkommt, um sich nicht von neuem straffällig zu machen.

Auch erscheint[32]) eine „neue Sachprüfung vor Anrufung des Strafrichters" geboten, da nicht ausgeschlossen ist, daß nach Erlaß der vorangegangenen Aufforderung die tatsächlichen Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen sich geändert haben.

Vor allem aber weist Burghart[33]) darauf hin, daß nach rechtskräftiger Verurteilung ein Zusammenhang zwischen der Aufforderung vor der rechtskräftigen Verurteilung und dem Tatbestand, dem das Verhalten des Angeklagten nach der rechtskräftigen Verurteilung zugrunde gelegt wird, nicht mehr besteht.

Die Wirkung der Aufforderung ist erschöpft, wenn der Ungehorsam gegen sie bestraft ist. Es erscheint sehr bedenklich, ein zur Strafbarkeit erforderliches Tatbestandsmerkmal, das nicht unbegrenzte Dauerwirkung hat, aus einem früheren inzwischen abgeurteilten Tatbestand zu entnehmen. Der Angeklagte könne sich in solchem Falle auch auf § 59 StGB berufen, da er das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören.

Dem Kammergericht kann man sich nicht anschließen, wenn es nach der rechtskräftigen Verurteilung eine neue Straftat annimmt, zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes aber ein Tatbestandsmerkmal als vorliegend erachtet, das im Vorprozeß vorgelegen hat und dessen Dauerwirkung — jedenfalls in diesem Umfange — bestritten ist.

Vielmehr ist nach jedem rechtskräftigen Urteil — ob freisprechend oder verurteilend — zu jeder neuen Bestrafung auch eine neue Aufforderung erforderlich.

d) Hierher gehört auch das Urteil des AG Apolda[34]), das in entsprechender Anwendung der Strafbestimmung der Ziffer 10 diesen Tatbestand auch dann als erfüllt ansieht, wenn die nach dem Wortlaut der Ziffer 10 erforderliche Aufforderung nicht erfolgt ist. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte hatte sich seiner Unterhaltspflicht entzogen, zuerst eine Lohnvereinbarung dahingehend getroffen, daß sein Lohn die pfändungsfreie Grenze nicht übersteige. Später legte er seine Arbeit nieder. Schon dadurch ergibt sich eindeutig, daß er durch den Verlust seiner Arbeitsstelle sich selbst jede Möglichkeit nehmen wollte, sein Kind unterhalten zu müssen.

Obgleich der Angeklagte nicht von der zuständigen Behörde aufgefordert war, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, sondern das Wohlfahrtsamt an die Pflegemutter eine Unterhaltsrente zahlte,

32) Worauf OLG Frankfurt v. 17. 3. 1899 in Frkf. Rdsch. 33 (1899) S. 41/42 zutreffend hinweist.
33) Burghart i. ZHeimW 34 (1929) Sp. 262.
34) v. 7. 2. 1936 in JW 1936, S. 1701 Nr. 38.

obgleich also insoweit der Tatbestand des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 nicht erfüllt ist, hielt das AG Apolda im vorliegenden Falle eine Bestrafung unter entsprechender Anwendung des § 361 Abs. 1 Ziffer 10 für geboten.

Grundgedanke dieser Bestimmung sei, daß jeder Volksgenosse, der seine Pflicht, für seine eigene Nachkommenschaft zu sorgen, mißachtet und dazu noch andere Volksgenossen oder die Volksgemeinschaft — öffentliche Fürsorgestellen — in Anspruch nimmt, bestraft werden solle und zwar dann, wenn der Betreffende böswillig seine Unterhaltspflicht verletzt. Es entspreche dem gesunden Volksempfinden, daß Menschen, die diesen Grundsätzen zuwider handeln, bestraft werden.

Mit Recht tritt diesem Urteil OLG-Rat Schäfer[35]) entgegen. Das Urteil erscheint aus mehreren Gründen bedenklich, es soll hier jedoch nur insoweit darauf eingegangen werden, als es in unseren Abschnitt („Aufforderung") hineingehört.

Die Anwendung des § 2 RStGB ist nur dann möglich, wenn wirklich eine Lücke im Gesetz ist. Das trifft in diesem Falle nicht zu. Auf diesen Sachverhalt hätte § 361 Abs. 1 Ziff. 5 RStGB direkt, nicht nur analog, angewandt werden können.

Aber auch eine entsprechende Anwendung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 auf Fälle, in denen eine Aufforderung, Unterhalt zu leisten, nicht ergangen ist, erscheint unzulässig.

Das AG meint, der Grundgedanke der Vorschrift sei, daß derjenige bestraft werde, der böswillig seine Unterhaltspflicht gegenüber seinen Nachkommen verletzt und zu deren Erhaltung fremde Hilfe in Anspruch nimmt. Das trifft jedoch nicht zu. Grundgedanke des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 RStGB ist vielmehr, daß die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht nur strafbar ist, wenn der Unterhaltspflichtige einer behördlichen Aufforderung gegenüber in Ungehorsam verharrt[36]), dann aber ohne Rücksicht darauf, ob der Täter böswillig handelt.

Bei entsprechender Anwendung einer Vorschrift des geltenden Rechts im Rahmen des § 2 ist es aber nicht statthaft, den Grundgedanken der Bestimmung willkürlich zu ändern, und auf ein Erfordernis zu verzichten, das der Gesetzgeber ausdrücklich zum wesentlichen Inhalt des Tatbestandes erhoben hat, um strafwürdige Fälle von denen zu scheiden, in denen eine Bestrafung nicht geboten ist.

Das entspricht dem immer wieder betonten Grundsatz, daß, wenn der einem Strafgesetz zugrunde liegende Rechtsgedanke eine vom Gesetzgeber gewollte Begrenzung enthält, dem Richter nicht gestattet ist, solche Grenzen zu überschreiten[37]).

---

35) in JW 1936, S. 1701 im Anschluß an das Urteil d. AG Apolda a.a.O.
36) Vgl. I. Abschn. 2. Kap., III, 3 (S. 53 d. Arb.) bes. Anm. 3.
37) Begründung zur Novelle vom 28. Juni 1935, „Amtl. Sonderveröffentlichung der deutschen Justiz", Nr. 10, S. 28: RG Bd. 70 S. 175 und S. 369.

2. Welche Behörde ist zuständig im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB?

Nach unserer Strafvorschrift kann nur bestraft werden, wer sich der Unterhaltspflicht trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde entzieht. Durch dieses Erfordernis bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß die Aufforderung einer unzuständigen Behörde nicht die Voraussetzung für eine Bestrafung bilden soll [1]). Auch im Wege des § 2 StGB kann die Strafbestimmung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 nicht entsprechend angewendet werden auf die Fälle, in denen die Aufforderung zur Unterhaltszahlung von einer unzuständigen Behörde ausgegangen ist. Dies ist sowohl deshalb abzulehnen, weil in diesem Falle im Gesetz keine Lücke ist, als auch deswegen, weil der Richter, wenn der Gesetzgeber in einem Strafgesetz die Strafbarkeit in bestimmter Weise abgrenzt, er diese Grenzen auch nicht im Wege entsprechender Rechtsanwendung überschreiten darf [1a]).

Es muß daher untersucht werden, welche Behörden im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziffer 10 StGB zuständig sind, die Aufforderung zur Unterhaltszahlung zu erlassen.

Unsere Strafvorschrift ist in das RStGB eingefügt durch Art. 2 des Gesetzes betr. die Änderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des StGB vom 12. 3. 1894 (RGBl. S. 259).

a) Die Rechtslage bis 1924.

In diesem Gesetz ist nichts darüber gesagt, welche Behörde zuständig sein solle, die in der neuen Gesetzesvorschrift vorgesehene Aufforderung zu erlassen. Das UWG [2]) kann in seiner alten Fassung auch darüber keine Bestimmung treffen, da 1894 erstmalig von dieser „zur Aufforderung zuständigen Behörde" gesprochen wurde. Aber auch das Gesetz v. 30. 5. 08, betr. die Änderung des UWG bestimmt keine Behörde als ausdrücklich zuständig.

Eine ausdrückliche Bestimmung über die Zuständigkeit der Behörde findet sich weder im Strafgesetzbuch noch in einem anderen Gesetz. Es war daher Sache der Rechtslehre und Rechtsprechung, aus dem allgemeinen Inhalt unseres Rechts diese Behörde zu ermitteln.

Es muß daher den Ländern überlassen bleiben, welche Behörde sie für zuständig erklären.

Preußen hat weder im Anschluß an das Gesetz vom 12. März 1894 noch im Anschluß an das Gesetz vom 30. Mai 1908 Ausführungsbestimmungen erlassen. Lediglich bestand das preußische Gesetz betr. die Ausführung des UWG vom 8. März 1871 [3]), geändert

1) so mit Recht auch OLG Jena, Urteil v. 19. März 1937 in Ju. Wo. 1937 S. 1812.

1a) vergl. dazu die Ausführungen S. 86 dieser Arbeit und die in Anm. 37 zitierten Entscheidungen.

2) Ges. über den Unterstützungswohnsitz (UWG) vom 6. Juni 1870

3) Bundesgesetzblatt Ges. S. 1871 S. 130.

am 11. August 1891 [4]) und am 23. August 1912 [4a]). In keinem dieser Gesetze befindet sich eine Bestimmung über die Zuständigkeit der Behörde, die die Aufforderung nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 zu erlassen hat.

Es war gezeigt, daß die Ziffer 10 später eingefügt worden ist, um eine mißbräuchliche Inanspruchnahme der öffentlichen Armenmittel zu verhüten. Aus diesem Gesetzeszweck folgt, daß alle die Behörden zuständig sind, die das Armenwesen zu verwalten haben, soweit ihnen diese Zuständigkeit nicht durch Sondergesetze genommen worden ist.

Das Armenwesen ist in Preußen „als Sache der allgemeinen Polizei" Sache des Ministers des Inneren [5]). Unter ihm verwalten die Regierungen [6]), jetzt Regierungspräsidenten [7]), „die Landesarmenanstalten, Hospitäler und Armenwesen, und was sonst mit diesen Gegenständen zusammenhängt" [8]). Organ der Regierung ist aber, soweit es sich um allgemeine Staatsverwaltung handelt, die Polizei [9]). Sie muß überall da eingreifen, wo eine dem Gemeinwesen drohende Gefahr abzuwenden ist (hier die mißbräuchliche Inanspruchnahme der öffentlichen Armenmittel und demzufolge die Überlastung der Armenverbände durch Zahlung von Unterstützungen). Das zeigt sich, was das Armenwesen anlangt, besonders in §§ 1 und 15, II, 19 ALR, wo „der Polizeiobrigkeit eines jeden Ortes" noch besonders die Pflicht auferlegt wird, sich „aller Armen und Unvermögenden anzunehmen, denen ihr Unterhalt auf andere Weise nicht verschafft werden kann".

Die Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen ergibt, daß der Polizei in Erfüllung der dem Staat nach § 1, II, 17 ALR obliegenden Pflicht das Armenwesen als Aufgabe zugewiesen ist; hieraus ergibt sich zugleich die Berechtigung der Polizeibehörde, die Aufforderung nach § 361 Abs. 1, Ziff. 10 zu erlassen, — wenn nicht eine andere Behörde ausdrücklich für zuständig erklärt ist [10]).

---

4) Ges. S. S. 300; betr. lediglich den hier nicht interessierenden § 31 d. Ges. v. 8. 3. 1871.

4a) Ges. S. S. 195.

5) VO über die veränderte Verf. aller obersten Staatsbehörden vom 27. 10. 1810; Ges. S. S. 3; A. 3.

6) VO wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörde v. 30. 4. 1815; Ges. S. S. 85; § 13, Ziff. 2 und § 18 des Ges. ü. d. allg. Landesverwaltung v. 30. 7. 1883 (Ges. S. S. 195).

7) Nach D II, 1 der Kabinettsorder vom 31. Dezember 1825 (Ges. S. 1826, S. 3) betr. eine Änderung in der bisherigen Organisation der Provinzialverwaltungsbehörden.

8) Instruktion zur Geschäftsführung der Regierungen in den Kgl. Preuß. Staaten vom 23. 10. 1817; Ges. S. S. 248, Abschn. I, § 2, Ziff. 1.

9) § 10, II, 17 ALR vom 1. 6. 1794 und § 6 des Gesetzes vom 11. März 1850 (Ges. S. S. 265) über die Polizeiverwaltung.

10) KG vom 14. Jan. 1908 in Goltd. Arch. Bd. 55, S. 238 und PrVerwBl. 29, S. 413 und OLG Marienwerder v. 18. 9. 1900 i. Goltd. A. Bd. 47, S. 469; OLG Bresl. v. 27. 5. 30 i. Ztschr. f. HeimW 35 (1930) S. 366 und Oppenhoff-Delius Note 70/71 zu § 361.

Fraglich ist nur, ob durch das RGes.[11]) über den Unterstützungswohnsitz vom 6. 6. 1870 oder durch das dazu ergangene Preußische Ausf.-Ges. vom 8. März 1871 eine andere Behörde für diese Aufforderung zuständig wurde. Beide Gesetze regeln die Armenunterstützung und schaffen eine neue Behördenorganisation, der die Verwaltung des Armenwesens obliegt.

Ausdrücklich befindet sich eine Vorschrift, daß für die im § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB erforderliche Aufforderung irgendeine Behörde zuständig ist, nicht in diesem Gesetze.

Zu prüfen ist, ob aus dem Zweck der Strafvorschrift und dem Aufgabenbereich einer Behörde des UWG eine Behörde für zuständig angesehen werden kann, die in § 361 a.a.O. erforderliche Aufforderung zu erlassen.

Das UWG schaffte (§ 2) Ortsarmenverbände und Landarmenverbände. Nach § 8 bestimmen die Landesgesetze über Zusammensetzung und Einrichtung der Orts- und Landarmenverbände, über Art und Maß der öffentlichen Unterstützung, über die Beschaffung der erforderlichen Mittel usw. Ihre Aufgabe bestimmte das UWG selbst (§ 2): Die öffentliche Unterstützung Hilfsbedürftiger. Hierzu hat Preußen ein Gesetz erlassen, betr. die Ausführung des UWG vom 8. 3. 1871. Danach sind Ortsarmenverbände die Gemeinden (§ 2). Ausdrücklich sind die Bestimmungen der Gemeindeverfassungsgesetze über die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten, wonach einzelne Zweige der Verwaltung einzelnen „Deputationen" zugeteilt werden, auch für das Armenwesen für verbindlich erklärt worden (§ 2). Die Gemeinde kann also nach § 3 a.a.O. eine „Deputation" bilden, welcher die Verwaltung des Armenwesens obliegt[12]).

Wenn aber — mit Recht — aus der allgemeinen Fürsorgepflicht der Polizei die Berechtigung der Ortspolizeibehörde gefolgert wurde, die in § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB vorgesehene Aufforderung zu erlassen, so muß aus denselben Gründen dieselbe Befugnis auch den Armenverwaltungen der Stadtgemeinden zugestanden werden, da diese in den §§ 2 und 5 UWG als Ortsarmenverbände zur öffentlichen Unterstützung Hilfsbedürftiger ausdrücklich in erster Linie bestimmt sind. Mit Rücksicht auf den Zweck des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB — Schutz der öffentlichen Armenmittel vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme — müßte man meinen, daß diese Behörden am ehesten befugt sind, Mittel zu treffen, um es gar nicht erst zu mißbräuchlicher Inanspruchnahme kommen zu lassen. Nach dem Zweck der Strafvorschrift sind sie die zuständigen Behörden, um einen Unterhaltssäumigen aufzufordern, seiner Pflicht nachzukommen[13]).

11) Bundesges. Bl. 1870, S. 360.

12) § 59 der Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. Mai 1855 Ges. S. S. 261 ff.

13) OLG Breslau vom 27. 10. 08 i. Goltd. A. Bd. 56, S. 244.

Zweifelhaft ist das indessen gewesen im Hinblick auf § 65 des PrAusfGes. zum UWG vom 8. 3. 1871[14]). Danach kann die Verwaltungsbehörde[15]) auf Antrag eines Ortsarmenverbandes durch Beschluß die Unterhaltssäumigen auffordern, den Unterhalt zu leisten, d. h. der Armenverband[16]) kann bei der Verwaltungsbehörde beantragen, daß durch begründeten Beschluß ein Unterhaltssäumiger angehalten wird, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen.

Daraus hat OLG Frankfurt[17]) gefolgert, daß eine Aufforderung im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 nur „in Form eines nach Anhörung der Beteiligten zustande gekommenen, mit Gründen versehenen Beschlusses" im Sinne des § 65 a.a.O. ergehen kann. Für den Erlaß dieses Beschlusses ist die Verwaltungsbehörde zuständig, d. h.[18]) der Kreisausschuß und der Stadtausschuß.

An sich ist nach § 10, II, 17 ALR die Polizei zum Erlaß dieser Aufforderung zuständig, sofern die Aufforderung nicht durch ein Spezialgesetz einer anderen Behörde übertragen ist. Das folge aus dem in § 10, II, 17 ALR abgegrenzten allgemeinen Aufgaben der Polizei, daß diese berufen ist, im öffentlichen Interesse zu verhindern, daß Personen hilfsbedürftig werden und der öffentlichen Armenpflege anheimfallen. Daraus folge, daß die Polizeibehörde zuständig ist, die in Ziff. 10 vorgesehene Aufforderung zu erlassen.

Als ein solches Spezialgesetz sieht aber OLG. Frankfurt[19]) den § 65 des PrAusf.Ges. zum UWG an.

Diese „lex specialis" galt von 1871 bis zum 1. Okt. 1912[20]), also zur Zeit der erwähnten Frankfurter Urteile, aber nur hinsichtlich des Ehemanns, der Ehefrau, der ehelichen Eltern, der unehelichen Mutter, den ehelichen Kindern und den unehelichen Kindern

---

14) Abs. 1: Auf Antrag des Armenverbandes, der einen Hilfsbedürftigen unterstützen muß, können durch einen mit Gründen versehenen Beschluß der Verwaltungsbehörde nach Anhörung aller Beteiligten der Ehemann, die Ehefrau, die ehelichen Eltern, die uneheliche Mutter sowie die ehelichen Kinder und die unehelichen Kinder in Bezug auf die Mutter angehalten werden, den Hifsbedürftigen nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Verpflichtung die erforderliche laufende Unterstützung zu gewähren.

Abs. 2: Die Beschlußfassung steht dem Landrat desjenigen Kreises . . . zu, in welchem der in Anspruch genommene Angehörige des Hilfsbedürftigen seinen Wohnsitz hat, bzw. wenn die Gemeinde des Wohnsitzes weder in Kommunal- noch in Polizeiangelegenheiten der Aufsicht des Landrats unterworfen ist, dem Gemeindevorstande.

15) Der Kreisausschuß (§ 43, Ziff. 2 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883).

16) Ortsarmenverband §§ 2 ff.; Landesarmenverb. §§ 26 ff. d. PrAusf. Ges. a.a.O.

17) Urt. d. OLG Frankf. v. 8. 4. 96 in Goltd. A. Bd. 44 S. 279 = Reger 17 (1879) S. 210 = Frankf. Rdsch. 30 (1896) S. 95; Urt. v. 5. 5. 97 in Frkfurter Rdsch. 1897, S. 122 und Urt. v. 4. 3. 07 in Frkf. Rdsch. 41 (1907), S. 31 ff. (35) und Urt. vom 19. 6. 07 in Goltd. Arch. Bd. 57, S. 249 und Urt. v. 3. 2. 10 in Frkf. Rdsch. Bd. 44 (1910) S. 80.

18) i. Vbdg. mit § 43, Abs. 1 Nr. 2 des Zuständ. Ges. v. 1. Aug. 1883.

19) „Gegenüber allg. poliz. Vorschr. bes. gegenüber §1 0, II, 17 ALR ist § 65 a.a.O. eine lex specialis", so OLG Frkf. (vgl. Anm. 17).

20) Durch Art. 2 d. Preuß. Ges. betr. die Änderung d. Pr. Ausf. Ges. z.

in Bezug auf die Mutter. Da nach richtiger Ansicht des OLG Frankfurt aus der ausdrücklichen Aufzählung der Wille des Gesetzgebers deutlich hervortrat, den Kreis der dem Verwaltungszwangsverfahren unterliegenden Personen fest zu umgrenzen, so ist eine analoge Anwendung auf andere Unterhaltspflichtige ausgeschlossen. In den in § 65 a.a.O. aufgeführten Fällen, z. B. bei der Aufforderung des Ehemannes, seine Unterhalstpflicht gegenüber seiner Ehefrau und seinen ehelichen Kindern zu erfüllen, war der Kreis- oder Stadtausschuß, in allen anderen Fällen, insbes. bei Aufforderung des Vaters zur Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber seinem unehelichen Kinde, war die Polizeibehörde zuständig. Denn für die übrigen im § 65 a.a.O. nicht genannten Fälle sei insofern der § 10, II, 17 ALR nicht außer Kraft gesetzt. (So OLG Frkft. a.a.O.).

Nach Inkrafttreten des § 65 a.a.O. in der neuen Fassung vom 1. Okt. 1912 wäre im Verfolg der Rechtsprechung des OLG Frankfurt a.a.O. der Kreis- oder Stadtausschuß im allgemeinen zuständig gewesen, alle Unterhaltspflichtigen des BGB in der Form, die § 65 a.a.O. vorschreibt, aufzufordern, ihre Unterhaltspflicht zu erfüllen. Die Polizeibehörde wäre nach § 10, II, 17 ALR lediglich zuständig gewesen, den unehelichen Vater, der seine Vaterschaft gem. § 1718 BGB noch nicht anerkannt hat, und dessen Unterhaltspflicht in einem vollstreckbaren Titel nicht festgestellt ist, zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht aufzufordern, weil insoweit § 10, II, 17 ALR durch kein Spezialgesetz, insbesondere nicht durch § 65 a.a.O., neuer Fassung außer Kraft gesetzt ist.

Dem ist OLG Breslau [21]) mit Recht entgegengetreten. In §§ 65 a.a.O. ff. ist ein förmliches auf Bewirkung der Leistung des Unterhaltspflichtigen gerichtetes Beschlußverwaltungsverfahren geregelt, das zwar die Anhörung des Unterhaltspflichtigen, nicht aber die vorher ergangene Aufforderung, den Unterhalt zu leisten, erfordert, und das mit dem Strafrecht nichts gemein hat, insbesondere den § 361, Abs. 1, Ziff. 10 nicht im Auge haben kann, da dieser erst viel später entstanden ist.

Denn das in § 65 geregelte Verwaltungszwangsverfahren ist ein Verfahren lediglich zwischen dem unterhaltspflichtigen Armenver-

---

UWG v. 23. 7. 12 (Ges. S. 195) wurde § 65 wie folgt geändert: „Auf Antrag des Armenverbandes, der einen Hilfsbedürftigen unterstützen muß, können durch einen mit Gründen versehenen Beschluß d. Verw. Behörde nach Anhörung aller Beteiligten die nach den Vorschriften des BGB Unterhaltspflichtigen angehalten werden, den Hilfsbedürftigen eine laufende Unterstützung nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Verpflichtung zu gewähren. Auf den Vater eines unehelichen Kindes findet diese Vorschrift nur insoweit Anwendung, als er seine Vaterschaft nach § 1718 BGB anerkannt hat oder seine Unterhaltspflicht in einem vollstreckbaren Titel festgestellt ist.

Diese Änderung trat gem. Art. 4 Abs. 1 des Preußischen Gesetzes vom 23. Juli 1912 (Ges. S. S. 195) am 1. Okt. 1912 in Kraft.

21) Urt. v. 27. 10. 08 in Goltd. A., Bd. 56, S. 244, und Urt. d. OLG Celle v. 23. 9. 01 in Goltd. A. Bd. 49, S. 338 = Reger 25 (1905), S. 348.

bande und dem zivilrechtlich Unterhaltspflichtigen, das nicht die Erfüllung der Unterhaltspflicht an den Unterhaltsberechtigten zum Gegenstande hat.

Diese Behörden sind also ausschließlich zuständig für das Verwaltungsverfahren, aber sie sind überhaupt nicht zuständig für eine Aufforderung im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB. Denn der Stadt- und Kreisausschuß hat nichts zu tun mit der Verhütung der mißbräuchlichen Inanspruchnahme der öffentlichen Armenmittel, nicht einmal mit der Verwaltung der Armenpflege. Nur aus dem Zweck der Strafvorschrift aber läßt sich die zuständige Behörde ermitteln.

Für die Meinung, daß die Armenverbände selbst ohne Beschluß der Verwaltungsbehörde die in § 361 Abs. 1 Ziff. 10 zur Strafbarkeit erforderliche Aufforderung erlassen können, kommt noch folgendes in Betracht:

Nach § 62 UWG von 1870 kann der Armenverband, der einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, Ersatz derjenigen Leistungen fordern, zu deren Leistung ein anderer Unterhaltspflichtiger z. B. nach bürgerlichem Recht verpflichtet war. Daraus hat man gefolgert: Wenn der Armenverband nach § 62 UWG die Möglichkeit hat, Erstattung seiner Leistungen von Privaten zu fordern, und wenn er die Möglichkeit des § 65 des Preuß.Ausf.Ges. zum UWG [22]) hat, nämlich durch Verwaltungsverfahren [23]) die säumigen Unterhaltspflichtigen durch Zwang „anzuhalten", ihrer gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen, so wird man dieselbe Behörde auch für zuständig halten müssen, eine Aufforderung an säumige Unterhaltsschuldner zu erlassen, wie es § 361 Abs. 1, Ziff. 10 RStGB erfordert.

Hierbei darf folgendes nicht unbeachtet bleiben: Die Aufforderung nach § 361, Abs. 1 Ziff. 10 ist ein weniger einschneidendes Mittel als die beiden weitergehenden der §§ 62 UWG und 65 PrAusfGes. zum UWG. Wenn aber der Armenverband diese beiden Mittel gegen säumige Unterhaltsschuldner hat, die weitergehen als eine Aufforderung im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10, so muß man annehmen, daß auch das Erlassen der weniger weitgehenden Aufforderung in den Aufgabenbereich unserer Behörde fällt.

Es wäre auch gar nicht sinnvoll, die Armenverbände hier für unzuständig zu erklären, weil sie die weitergehenden Mittel der §§ 62 und 65 a.a.O. haben. Es erscheint widersinnig, daß der Armenverband die Erfüllung der Unterhaltspflicht zwar erzwingen kann, daß er aber nicht den Unterhaltssäumigen auffordern kann, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Ebenso widersinnig, daß er zwar vorläufige Leistungen erstattet verlangen

22) v. 8. März 1871 (Ges. S. S. 130) in der Fassung d. Ges. v. 23. 7. 1912 (Ges. S. S. 195). Art. 2.

23) Das zwar durch Beschluß von der Verwaltungsbehörde, aber auf ihren Antrag eingeleitet wird.

kann, daß er aber nicht den Unterhaltspflichtigen auffordern kann, seine Unterhalstpflicht zu erfüllen, damit ein derartiger Zustand nicht eintritt, daß er vorläufig leisten muß.

Dieser Meinung hat sich auch überwiegend Literatur und Rechtsprechung angeschlossen.

Es bleibt jedoch in diesem Zusammenhang noch eine weitere Frage zu klären:

Wir hatten gesehen, daß die Polizeibehörde aus §§ 10, II, 17 und 15, II, 19 ALR und die Orts- und Landarmenverbände [24]) aus § 2 und Analogie zu § 62 UWG vom 6. Juni 1870 und § 65 Preuß. Ausf.Ges. zum UWG vom 8. März 1871 [25]) zuständige Behörden sind, um solche im § 361 Abs. 1 Ziff. 10 RStGB geforderten Aufforderungen an Unterhaltssäumige zu erlassen.

Fraglich ist nun, ob beide Behörden nebeneinander zuständig sind, insbesondere, ob die Polizeibehörden auch nach der durch das UWG geschaffenen Rechtslage zuständig geblieben ist. Man muß das bejahen. Denn eine ausschließliche Zuständigkeit ist in keiner Bestimmung festgelegt, auch nicht in § 2 in Verbindung mit § 63 UWG. In § 2 ist nur bestimmt, daß die öffentliche Unterstützung Hilfsbedürftiger durch Ortsarmenverbände geübt wird, und in § 63, daß die Verwaltungs- und Polizeibehörde verpflichtet sind, den Armenbehörden behilflich zu sein. Hieraus folgt indessen nicht, daß die Armenbehörde die Pflicht habe, sich der Vermittlung der Polizeibehörde zu bedienen. Die Versagung der Aufforderungsberechtigung würde, worauf OLG Breslau [26]) zutreffend hinweist, zu der unnötigen Weiterung führen, daß sich die Armenbehörde zur Aufforderung der Vermittlung der Polizeibehörde bediente.

Es sind also weder die Polizeibehörden noch die Armenverbände ausschließlich zuständig, sondern beide nebeneinander [27]).

b) Rechtslage seit dem 1. April 1924.

Diese Rechtslage hat sich am 1. 4. 1924 grundlegend geändert. An diesem Tage trat für das ganze Reicht die Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht [28]) in Kraft [29]). Das UWG von 1870/1908 trat damit außer Kraft [30]). Damit kam naturgemäß auch die Organisation der Orts- und Landarmenverbände in Wegfall.

---

24) Ob in den einzelnen Fällen die Orts- oder Landarmenverbände sachlich zuständige Armenbehörden sind, ergibt sich aus § 31 des Preuß. Ausf. Ges. zum UWG von 1871, der durch Art. 1 des Ges. vom 11. 7. 1891 geändert und erweitert (§§ 31—31e) wurde. Hier ist nur zu klären, ob Orts- und Landarmenverbände überhaupt zuständige Behörden im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 sind.

25) In Preußen also auf die Gemeinden und nach § 59 der Städteordnung a.a.O. die „Deputationen", soweit ihnen die Armenpflege zur Verwaltung von der Gemeinde aufgegeben ist.

26) Urt. d. OLG Breslau v. 27. 10. 08 in Goltd. A. Bd. 56, S. 244.

27) OLG Breslau a.a.O. und KG v. 14. 1. 08 in Goltd. A. Bd. 55, S. 238.

28) v. 13. 2. 1924 — RGBl. I, S. 100 — (RFürsVO).

29) § 39 d. RFürsVO.

30) § 29, S. 1 a.a.O.

Durch das Inkrafttreten dieser Verordnung wurde seit dem 1. April 1924 folgende Rechtslage geschaffen:

Auch in der neuen Verordnung findet sich keine Bestimmung, nach der eine Behörde für zuständig erklärt wird, eine Aufforderung an säumige Unterhaltspflichtige im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 des StGB zu erlassen.

Die neue VO. schafft Landes- und Bezirksfürsorgeverbände (§ 1 Abs. 1). Diesen liegt die Armenfürsorge ob (§ 1 Abs. 2 S. 1).

Die Länder bestimmen, welche Behörde Landes- oder Bezirksfürsorgeverbände sind (§ 2), und welche Behörden deren Aufgaben durchzuführen haben (§ 3). Ebenso sollen die sachliche Zuständigkeit die Länder selbst regeln.

Aus den Aufgaben und Befugnissen muß daher entnommen werden, wer zuständig sein soll, die in § 361 Abs. 1 Ziff. 10 vorgesehene Aufforderung zu erlassen.

§§ 20 ff. a.a.O. ergeben folgendes: „Der Fürsorgeverband“ [31]), der auf Grund dieser VO. einen Hilfsbedürftigen untrstützt hat, kann zum Ersatze Rechtsansprüche, die der Hilfsbedürftige einem Dritten geenüber hat, geltend machen, wie der Hilfsbedürftige selbst. Nach § 22 Abs. 1 a.a.O. kann der Fürs.Verband in den Grenzen des notdürftigen Unterhalts Ersatz seiner Aufwendungen von den Kindern des Hilfsbedürftigen auch dann verlangen, wenn sie nach den Vorschriften des BGB (§ 1603) lediglich deshalb nicht unterhaltspflichtig sind, weil sie sonst ihren standesgemäßen Unterhalt gefährden würden.

Im § 23 Abs. 1 a.a.O. kann der Unterhalts- oder Ersatzpflichtige auf Antrag des vorläufig oder endgültig verpflichteten Fürsorgeverbandes im Verwaltungswege zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht angehalten werden.

Aus diesen Bestimmungen hat man gefolgert, daß der Fürsorgeverband eine nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 zuständige Behörde ist. Denn wenn der Fürsorgeverband nach § 23 Abs. 1 a.a.O. beantragen kann, daß der Unterhaltssäumige im Verwaltungswege zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht angehalten werden kann, so wird er auch dafür zuständig sein, ihn aufzufordern seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Auch hier gilt das oben S. 92/93 Ausgeführte. Da der „Fürsorgeverband“ das weitergehende Recht hat, und außerdem die mißbräuchliche Inanspruchnahme öffentlicher Armenmittel verhüten soll, so ist er, wie allgemein anerkannt, auch die zuständige Behörde im Sinne des § 361 Abs. 1, Ziff. 10. Die Regelung, die bisher im § 65 des Preuß.Ausf.Ges. zum UWG getroffen war, ist durch die RFürsVO (§ 21 ff.) mit einigen Abweichungen Reichsgesetz geworden.

Welche Behörden Fürsorgeverbände sind, bestimmt sich nach Landesrecht.

---

31) § 21 Abs. 2 RFürsVO.

In Preußen sind Bezirksfürsorgeverbände im allgemeinen die Stadt- und Landkreise, Landesfürsorgeverbände im allgemeinen die Provinzialverbände[32]). Die materielle Zuständigkeit der Landes- bzw. Bezirksfürsorgeverbände bestimmen §§ 6 und 15 ff. a.a.O.

Eine ausschließliche Zuständigkeit ist ihnen jedoch weder in der RFürsVO noch in der Preuß.Ausf.VO beigelegt worden. Aus denselben Erwägungen wie oben S. 93 ist neben den Fürsorgeverbänden auch die Polizei die zuständige Behörde im Sinne unserer Strafvorschrift[33]).

Ferner enthält die Preuß.Ausf.VO. in § 30 Abs. 1 eine dem früheren § 65 des Ausf.Ges. zum UWG[34]) entsprechende Bestimmung, wonach der Stadt- bzw. Kreisausschuß auf Antrag des Fürsorgeverbandes zur Beschlußfassung befugt ist. Die Beschlußbehörden sind -- wie nach früherem Recht —[35]) nicht befugt, die Aufforderung zu erlassen. Dieses Recht steht vielmehr der antragstellenden Behörde zu[36]). Denn die Beschlußbehörden haben mit der Armenfürsorge in engerem Sinne nichts zu tun, diese wird vielmehr verwaltet von der antragstellenden Behörde.

Auch durch die Verordnung vom 5. Juni 1931[37]) hat sich an dieser rechtlichen Beurteilung nichts geändert. Der Fürsorgeverband ist auch diesmal nicht ausdrücklich für zuständig erklärt zum Erlaß der Aufforderung in § 361 Abs. 1 Ziff. 10; auch der § 21 und der neue § 21 a[38]) macht eine andere rechtliche Beurteilung nicht erforderlich. Er kann sich sogar die Rechtsansprüche auf Leistung zur Deckung des Lebensbedarfs des von ihm Unterstützten abtreten lassen und kann gegen den säumigen Schuldner vorgehen. Abs. 2 gibt ihm darüber hinaus noch das Recht, auch für die Vergangenheit den Unterhaltspflichtigen in Anspruch zu nehmen.

Wenn der Fürsorgeverband so weitgehende Rechte betr. den Schutz der öffentlichen Armenmittel hat, dann ist er auch zuständig, den Unterhaltspflichtigen im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 aufzufordern. Spätere Änderungen[39]) der RFürsVO sind für unsere Frage ebenfalls ohne Bedeutung.

c) Ist das Jugendamt zuständige Behörde?

c) Einer besonderen Erwähnung bedürfen noch die durch das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt[40]) geschaffenen Jugendämter.

---

32) § 1 AusfVO z. RFürsVO v. 17. 4. 24. GesS S. 210.
33) OLG Naumburg vom 22. Dez. 1926 i. DRZ 19 (1927) Nr. 351.
34) v. 8. März 1871 in der Fassung des Art. 2 des Gesetzes über die Abänderung und Ergänzung des AusfGes. z. UWG v. 23. 7. 12.
35) Vgl. S. 92 der Arb.
36) So für das neue Recht OLG Kiel v. 24. 7. 29 in JW 1929 S. 3400 Nr. 7.
37) 2. VO d. Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. 6. 1931, Fünfter Teil, Kap. VIII, Art. 1 Ziff. 9 ff. bis 14.
38) Eingefügt durch Ziff. 10 a.a.O. (Anm. 37).
39) v. 19. Okt. 1932, 13. März 1934 und 29. April 1935.
40) RJWG vom 9. Juli 1922; (RGBl. I, Nr. 54, S. 633).

Nach § 3 Ziff. 3 des RJWG war eine Aufgabe des Jugendamtes auch die Fürsorge für hilfsbedürftige Minderjährige gem. §§ 49—55 a.a.O. Hiernach wären die Jugendämter zuständige Behörden gewesen, um eine Aufforderung an diejenigen zu erlassen, die Minderjährigen gegenüber ihre Unterhaltspflicht nicht erfüllen.

Gerade diese Fürsorgetätigkeit aber ist den Jugendämtern entzogen [41]) und den Bezirksfürsorgeverbänden zugewiesen [42]) worden.

Den Jugendämtern ist neben anderen Aufgaben im wesentlichen nur noch die Amtsvormundschaft für uneheliche Minderjährige verblieben. Den Jugendämtern liegt also die Verwaltung des Armenwesens, der öffentlichen Armenmittel, nicht ob, auch nicht für Minderjährige. Deshalb ist das Jugendamt als solches nicht zuständig, den Unterhaltssäumigen obrigkeitlich zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht aufzufordern [43]).

Es kann natürlich nicht zweifelhaft sein, daß das Jugendamt als Amtsvormund, genau wie jeder andere Vormund, und darüber hinaus wie jede andere Person oder Behörde, den Unterhaltspflichtigen „auffordern" kann, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Er, der Amtsvormund, ist darüber hinaus zur strafrechtlichen Verfolgung Unterhaltssäumiger berechtigt und verpflichtet. Er hat nach § 1793 BGB im weiteren Sinne auch das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen.

Indessen ist diese Aufforderung nicht geeignet, die Wirkungen hervorzurufen, die § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB an die Aufforderung anschließt. Hierzu sind vielmehr nur die Aufforderungen geeignet, die von einer zuständigen Behörde ergangen sind, d. h. einer Behörde, der die Verwaltung des öffentlichen Armenwesens, der öffentlichen Armenmittel obliegt. Das trifft aber für den Amtsvormund, das Jugendamt, nicht zu. Unsere Bestimmung bezweckt in erster Linie nicht den Schutz hilfsbedürftiger Jugendlicher, sondern den Schutz der öffentlichen Finanzen gegen eine zu starke Belastung der Armenpflege durch mißbräuchliche Inanspruchnahme [44]). Das OLG Dresden hatte in Verkennung dieses Grundsatzes [45]) die Zuständigkeit des Jugendamtes deshalb angenommen, weil es nach §§ 32 und 35 Abs. 1 RJWG Amtsvormund des unehelichen Kindes ist und als solcher mit der

---

41) Durch Art. 2 d. VO v. 14. 2. 24 über das Inkrafttreten d. RJWG — RGBl. I, S. 110. —

42) § 1, Abs. 1, Ziff. c der RFürsVO in entsprechender Anwendung von § 6 RFürsVO.

43) OLG Kiel v. 24. 7. 1929 in JW 1929, S. 3400 Nr. 7; OLG Breslau v. 27. 5. 1930 in ZHeimW 35 (1930), S. 366 und OLG Naumburg v. 22. 12. 1926 in DRZ 19 (1927) Nr. 35, S. 128 und KG v. 8. Dez. 1928 in Goltd. Arch. Bd. 73, S. 261 = JW 1929, S. 1066 Nr. 3.

44) OLG Dresden v. 26. Febr. 1930 in LZ 24 (1930) Sp. 914 Nr. 3 und KG vom 22. April 1931 in DJZ 36 (1931) S. 1458.

45) OLG Dresden v. 23. Aug. 1927 in Rdbrf. ADB IV, S. 191 = DRZ 19 (1927) Nr. 985, S. 340/1.

Sorge für die Person des Kindes betraut sei. Später[46]) hat das OLG Dresden mit Begründung diese Ansicht aufgegeben und hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung nur die Behörden für zuständig erklärt, denen die Armenfürsorge obliegt. Die Fürsorge für hilfsbedürftige Minderjährige ist jedoch dem Jugendamt trotz seiner Eigenschaft als Amtsvormund entzogen und auf die Fürsorgeverbände übertragen.

Auch das OLG Karlsruhe[47]) hatte die Jugendämter für zuständige Behörden im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 angesehen, weil ihm nach § 2 Abs. 2 RJWG „mit der Durchführung der öffentlichen Jugendhilfe auch die Fürsorge für hilfsbedürftige Minderjährige übertragen" sei.

Nach § 10 RJWG ist es allen Ländern gestattet, die Aufgaben des Jugendamtes auf das bereits bestehende Wohlfahrtsamt zu übertragen. Davon hat Preußen neben anderen Ländern Gebrauch gemacht[48]).

Diesem Umstande hat auch das KG Rechnung getragen[49]). Der Ausdruck „Jugendamt" kennzeichne je nach der bei den einzelnen Kommunalbehörden bestehenden besonderen Einrichtungen nicht immer nur die auf Grund des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes eingesetzte und lediglich mit den in diesem Gesetz vorgesehenen Aufgaben betraute Stelle, sondern darüber hinaus vielfach auch die behördliche Stelle, der die Gesamtfürsorge für die Jugendlichen, namentlich auch die Bewilligung und Auszahlung von Unterstützungen aus öffentlichen Mitteln an die Jugendlichen obliegt. Das wird zunächst überall da der Fall sein, wo das Jugendamt mit dem Wohlfahrtsamt zu einer Behörde verbunden ist, die nach außen für die Jugendlichen zugleich als Jugdenamt wie als Fürsorgebehörde tätig wird. Ebenso müsse die Sachlage aber beurteilt werden[49]), wenn mangels eines Wohlfahrts- und Jugendamts als besonderer behördlicher Stelle der Magistrat nach außenhin zugleich als Jugendamt und als Fürsorgebehörde tätig wird. Übt der Magistrat unter der Bezeichnung „Jugendamt" auch die öffentliche Armenpflege für die Jugendlichen aus, so muß auch die Aufforderung, die er nach

46) Urt. v. 16. Okt. 1928 in DRZ 1929, S. 36, und Urt. v. 26. Febr. 1930 in LZ 24 (1930), Sp. 914 Nr. 3, Urt. v. 7. 11. 1928 in JW 1929, S. 276 Nr. 7.

47) Urt. v. 24. 2. 1927 in ZHeimW 1927, S. 677 u. Rdbrf. ADB III (1927) S. 193.

48) Art. 8 des EinfGes. z. RJWG vom 9. Juli 1922 (RGBl. I, S. 647/648) — in der Fassung von Art. 1 der VO über das Inkrafttreten des RJWG vom 14. 2. 1924; (RGBl. I, S. 110/111), Ziff. 1 — ermächtigte die Länder, „den Gemeinden oder Gemeindeverbänden die Befugnis zu erteilen, statt der Einrichtung von Jugendämtern nach den §§ 9 und 10 die den Jugendämtern obliegenden Aufgaben einer anderen nach Maßgabe des Gemeindeverfassungsrechts gebildeten Amtsstelle der Selbstverwaltung oder einer anderen geeigneten Amtsstelle zu übertragen, die erforderlichenfalls eine auf die Jugendwohlfahrt hinweisende Zusatzbezeichnung zu führen haben". (§ 2 Abs. 1 PrAusfGes. z. RJWG v. 29. 3. 1924 in Verbdg. m. § 10 Abs. 1 a.a.O. — GesS S. 180).

49) KG Urt. v. 8. Dez. 1928 in JW 1929, S. 1066, Nr. 3 = Goltd. Arch. Bd. 73, S. 261 = Rdbrf. ADB V (1929), S. 99.

§ 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB erläßt, als eine solche gelten, die von ihm in seiner Eigenschaft als Fürsorgebehörde ergangen ist.

Nur unter diesen Voraussetzungen, also nicht in ihrer Eigenschaft als Jugendamt, sondern als Wohlfahrtsamt, können diese Behörden Aufforderungen im Sinne und mit Wirkung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 erlassen.

3. Die Bedeutung des Wortes „trotz".

Es soll noch darauf hingewiesen werden, daß der Unterhaltspflichtige sich der Unterhaltspflicht entziehen muß trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde.

Daraus ergibt sich:

Zwischen der vorsätzlichen Vernachlässigung der Unterhaltspflicht seitens des Angeklagten und der Inanspruchnahme fremder Hilfe muß ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, d. h. der Unterhaltspflichtige verletzt seine Pflicht derart, daß fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß, obgleich er zur Erfüllung der Unterhaltspflicht aufgefordert ist[1]).

Das Sich-entziehen und die behördliche Aufforderung müssen in einem derartigen ursächlichen Zusammenhang stehen, daß die Verletzung der Unterhaltspflicht erst als bewußter Ungehorsam gegen die behördliche Anordnung strafbar wird[2]).

Die Verletzung der Unterhaltspflicht wird erst nach erfolgter Aufforderung strafbar. Nur derjenige fällt also unter die Strafbestimmung des § 361, Abs. 1 Ziff. 10 StGB, der nach erfolgter Aufforderung sich der Unterhaltspflicht entzieht[3]). Daraus folgt, daß die Unterhaltspflichtverletzung, die vor der Aufforderung der zuständigen Behörde begangen ist, und die den Anlaß zur Aufforderung und zur Inanspruchnahme fremder Hilfe gab, nicht unter § 361 Abs. 1 Ziff. 10 fällt, da sie nicht trotz der Aufforderung der Behörde begangen ist[4]).

Deshalb genügt eine Aufforderung nicht den Erfordernissen des § 361, Abs. 1 Ziff. 10, die lediglich die Geltendmachung der bisher vom Fürsorgeverband verauslagten Kosten des Unterhalts enthält; vielmehr muß die Aufforderung das Verlangen künftiger Erfüllung der Unterhaltspflicht enthalten[5]).

---

1) OLG Frankf. v. 4. 3. 07 i. Frkft. Rdsch. Bd. 41, S. 31.

2) KG v. 1. 12. 08 in KGJ 37 C, S. 78; Binding Lehrbuch d. StrR 2. Aufl. 1902 Leipzig Bd. I § 62 I (S. 235), vergl. S. 53 d. Arb.

3) OLG Dresden vom 22. März 1927 in LZ 1927, S. 1165 = Rdbrf. ADB, IV, S. 189. OLG Karlsr. v. 23. 7. 1925 in „Recht", 29 (1925), S. 712, Nr. 2337 = Rdbrf. ADB IV, S. 181; OLG Karlsruhe v. 24. Febr. 1927 in Bad. Rechtsprax. 29 (1927) S. 150, Nr. 25; Bay. OLG v. 21. 1. 1932 in JW 1932, S. 1395/1396, Nr. 2. Beschl. des RMilGer. v. 28. 8. 1912 in RMilG Entsch. Bd. 17, S. 114 ff. = Jb. d. Fürs. VII (1913), S. 164 ff. (S. 173).

4) Beschl. d. RMilGer. a.a.O.

5) Bay. OLG v. 23. 2. 1907 in Seuff. Bl. Bd. 72, S. 449; OLG Karlsruhe vom 23. 7. 1925 in Bad. RPrax. 28 (1926), S. 70 Nr. 10 (vergl. S. 77 d. Arb.).

„Trotz" der Aufforderung entzieht sich also nur der seiner Unterhaltspflicht, der nach Empfang der Aufforderung den gegenwärtigen und zukünftigen Unterhalt verweigert, nicht aber, wer nur für die Vergangenheit keinen Ersatz gewährt[6]).

Ob auch die Ersatzforderungen der Armenverbände und die Erstattungspflicht gegenüber anderen Behörden, z. B. nach §§ 62 und 70 des RJWG gegenüber den Fürsorgeverbänden, strafrechtlich durch § 361 Abs. 1 Ziff. 10 geschützt sind, bedarf im Rahmen dieser Arbeit keiner Klärung, da hier nur untersucht werden soll, unter welchen Voraussetzungen der Unterhaltsanspruch geschützt ist.

IV. Wann muß durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden?

Nach den Erfordernissen des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 RStGB genügt es nicht, daß jemand seine Unterhaltspflicht verletzt, obwohl er zur Unterhaltsleistung in der Lage ist, und obwohl ihn die zuständige Behörde dazu aufgefordert hat, sondern die Strafbarkeit des Täters ist erst dann gegeben, wenn dadurch, daß er seine Unterhaltspflicht verletzt, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

Daß die Inanspruchnahme fremder Hilfe ein Tatbestandsmerkmal ist, und nicht eine außerhalb des Delikts liegende Verfolgungsvoraussetzung — wie z. B. bei den Antragsdelikten der Antrag — war bereits oben[1]) erwähnt. Dies ist bedeutsam dafür, wie weit der Vorsatz reichen muß. Nach der eben dargelegten Anschauung muß er — zum mindesten eventualiter — die Inanspruchnahme fremder Hilfe mit umfassen.

Was unter „Inanspruchnahme fremder Hilfe" zu verstehen ist, war ebenfalls gesagt[2]). Ebenso war gesagt[3]), was die Worte „durch Vermittlung der Behörde" besagen. Hier im § 361, Abs. 1, Ziffer 10 StGB läßt durch Vermittlung der Behörde klar erkennen, daß es sich nicht um Vermittlung irgend einer Behörde handelt, sondern daß es sich um die Vermittlung der, nämlich der in Ziffer 10 genannten Behörde handeln muß. Dieses Tatbestandsmerkmal ist also nicht erfüllt, wenn durch Vermittlung einer anderen Behörde z. B. des Vormundschaftsgerichts fremde Hilfe in Anspruch genommen wird.

Im übrigen wird eine Verweisung auf den I. Abschnitt, 2. Kap. A, III, 1—3 der Arbeit genügen. Alles dort Gesagte gilt auch hier.

---

6) OLG Dresden vom 16. 2. 1905 im Sächs. Arch. Bd. 1 (1906), S. 160; Bay OLG v. 23. 2. 07 in Bay. OLG Bd. VII, S. 238 und OLG Hamburg vom 28. 1. 1897 in Goltd. Arch. Bd. 45, S. 224.

1) Bei Darstellung der Tatbestandsmerkmale der Ziffer 5 (I. Abschn., 2. Kap. A, III 1—3) S. 45—55 d. Arb.

2) Vgl. Anm. 1, a.a.O., S. 45—50.

3) Vgl. Anm. 1, a.a.O., S. 50—53.

B. Ist Schuld des Verletzers der Unterhaltspflicht erforderlich, wenn er aus § 361, Abs. 1 Ziff. 10 RStGB bestraft werden soll?

Schon die Worte „sich entziehen" wie auch die Entstehungsgeschichte[1]) bringen zum Ausdruck, daß nur der bewußte, schuldschafte, mutwillige Ungehorsam gegen die Aufforderung, die vorsätzliche Nichtbefolgung der Aufforderung strafbar sein soll[2]). Fahrlässigkeit genügt nicht, wohl aber wie bei allen Vorsatzdelikten, bedingter Vorsatz[3]).

Eine Absicht ist im geltenden Recht nicht erforderlich[4]). Vielmehr ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsmerkmale erforderlich, aber auch genügend. Wenn der Unterhaltspflichtige z. B. seine Arbeit niederlegt, so entzieht er sich dadurch der Unterhaltspflicht, weil er weiß und will und sich dessen bewußt ist, daß er dadurch seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommen kann. Die Forderungen, die das Gesetz an den Vorsatz stellt, würden überspannt, wenn man zu einem „Sich-entziehen" erfordern wollte, daß der Unterhaltspflichtige die Arbeit niederlegte in der Absicht, sich der Unterhaltspflicht zu entziehen. Ebenso wenig erforderlich ist die Böswilligkeit.

Der Vorsatz muß alle Tatbestandsmerkmale umfassen[5]), d. h. zum Vorsatz gehört:

a) das Bewußtsein der Unterhaltspflicht,

b) das Bewußtsein der eigenen Leistungsfähigkeit,

c) die Kenntnis der Aufforderung durch die zuständige Behörde und

d) das Bewußtsein der Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe.

Ist der Verpflichtete sich auch nur eines dieser Tatbestandsmerkmale nicht bewußt gewesen, wenn auch nur aus Fahrlässigkeit, so liegt eine strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht nicht vor[6]).

Trotz dieses Bewußtseins und trotz dieser Kenntnis muß er die Unterstützung wissentlich und willentlich verweigern[7]).

Das OLG Rostock scheint den inneren Tatbestand als gegeben

---

1) Sten. Ber, d, Verhandl. d. RT, 9. Leg. Per. II. Sess. 1893/94, Bd. II, S. 898 (36. Sitzung, 26. 1. 1894); und a.a.O. Anl. Bd. II, Akt. St. 117, S. 738.

2) KG am 1. Dez. 1908 in KGJ, 37 C S. 78; Bay. OLG v. 9. Okt. 1906 = Bay. OLG Entsch. Bd. VII, S. 84; OLG Hamm v. 26. 9. 1911 i. Goltd. A. Bd. 59, S. 379; OLG Braunschw. v. 15. 3. 06 in DJZ 1907, S. 432.

3) OLG Frankft. v. 4. 3. 1907 in Frkf. Rdsch. Bd. 41, S. 31.

4) OLG Kiel v. 21. Aug. 1926 in Goltd. Arch. Bd. 71 S. 190.

5) Bestrafung kann nicht erfolgen, wenn der Angeklagte das Vorhandensein eines zum gesetzlichen Tatbestand der schuldhaften Vernachlässigung der Unterhaltspflicht gehörigen Tatumstandes nicht kannte.

6) OLG Düsseldorf v, 3. 4. 35 i. DRZ 1935, Sp. 432 Nr. 424 = DJZ 40 (1935), Sp. 1057.

7) Bay. OLG v. 23. 5. 07 in Seuff. Bl. Bd. 72 (1907), S. 744.

anzusehen, wenn der Täter seine gesetzliche Unterhaltspflicht kannte [8]).

Es soll nun im folgenden gezeigt werden, wann der Vorsatz in Bezug auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale als gegeben anzusehen ist.

a) Das Bewußtsein der Unterhaltspflicht.

Der Unterhaltspflichtige muß seine Pflicht kennen, er muß sich in Kenntnis dieser Pflicht der Unterhaltspflicht entziehen. Es war aber schon gesagt, daß bedingter Vorsatz genügt [9]). Dieser ist meist damit erwiesen, daß er seine Unterhaltspflicht anerkannt hatte oder bisher Unterhalt geleistet hatte; nach Kenntnis der Aufforderung wird man den bedingen Vorsatz fast immer bejahen können. Wenn er dann seine Unterhaltspflicht wenigstens als möglich bestehend anerkannte und diese dennoch nicht erfüllte, so entzieht er sich der Unterhaltspflicht, weil er den weiteren Erfolg wußte und billigte.

„Wenn die Behörde die Unterhaltsentrichtung in einer bestimmten Art fordert und anzunehmen ist, daß der Unterhalt in anderer Art nicht angenommen werden wird, so kann man annehmen, daß der Unterhaltspflichtige nur strafbar ist, wenn er sich seiner Verpflichtung und seiner Fähigkeit bewußt ist, den Unterhalt gerade in dieser Form zu leisten" [10]).

Er handelt vorsätzlich, wenn er sich der Verpflichtung, den Unterhalt in einer bestimmten Art zu leisten und der Fähigkeit, ihn in dieser Art zu gewähren, bewußt ist und sich dennoch untätig verhält. Auch der entzieht sich der Unterhaltspflicht, der seine Unterhaltspflicht nur zum Teil oder in unzulässiger Weise nicht so erfüllt, wie der Berechtigte ihn verlangen kann, obwohl er ihn vollständig bzw. in der gesetzlichen Form leisten könnte und sich dessen auch bewußt ist [11]) [12]).

In welcher Form man zu leisten hat, bestimmt das BGB. Der Vater, der sein uneheliches Kind auffordert, bei ihm den Unterhalt durch Naturalleistung entgegen zu nehmen, entzieht sich der Unterhaltspflicht, wenn er weiß, daß er zur Rentenzahlung verpflichtet ist

---

8) OLG Rostock, Urt. v. 11. 2. 1927 in Meckl. Ztschr. Bd. 43 (1927), S. 599/600 a. E.: „Dem subjektiven Erfordernis, daß der Angeklagte die Tatbestandsmerkmale des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB verwirklicht hat, genügt die Feststellung, daß er in Kenntnis seiner Unterhaltspflicht gehandelt hat."

9) S. 100 d. Arb. (vgl. Anm. 3).

10) OLG Hamm v. 26. 9. 1911 in Goltd. Arch. Bd. 59, S. 379. — Daß die Behörde aber in dieser Aufforderung eine bestimmte Art der Unterhaltsleistung nicht zu verlangen braucht, war oben S. 79 ff. der Arbeit gesagt.

11) KG vom 31. 1. 1901 in Goltd. Arch. Bd. 48, S. 369.

12) Natürlich findet die Strafbestimmung auch hier nur Anwendung, wenn auch der übrige Tatbestand erfüllt ist. Es muß also die teilweise Nichtleistung oder die nicht in der gesetzlichen Form erfüllte Leistung zu der Notwendigkeit geführt haben, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen.

und diesen Unterhalt nur anbietet, um die gesetzliche Form des zu gewährenden Unterhalts, die Rentenzahlung, zu umgehen [13]).

Irrt er über seine Verpflichtung, Unterhalt — auch in Bezug auf Form, Maß, Art — zu leisten, so irrt er über eine Norm des bürgerlichen Rechts. Ein solcher Irrtum schließt nach § 59 StGB die Strafbarkeit aus, da er „bei Begehung der strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören". Das gilt auch dann, wenn er aus falschen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen von dem Nichtbestehen seiner Unterhaltspflicht überzeugt ist [14]).

Ein solcher Irrtum wird meist dadurch ausgeschlossen, daß er durch die zuständige Behörde aufgefordert wird, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Damit beginnt spätestens die Kenntnis seiner — möglichen — Unterhaltspflicht und die Kenntnis von der Bedürftigkeit der ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten. Dadurch beginnt aber frühestens auch seine Strafbarkeit [15]).

b) Das Bewußtsein der eigenen Leistungsfähigkeit.

Zum Vorsatz gehört aber auch das Bewußtsein der eigenen Leistungsfähigkeit, der Fähigkeit, Unterhalt zu gewähren. Der Pflichtige verletzt seine Unterhaltspflicht nur dann strafbar, wenn er sich bewußt gewesen ist, daß er bei gutem Willen imstande war, den Unterhalt dem Berechtigten ganz oder teilweise zu leisten. „Derjenige, der mit seinen Eltern oder seiner Ehefrau eine Vereinbarung getroffen hat, nach der seine Arbeit mit der bloßen Gewährung freier Station abgegolten wird (Haussohn"), hat sich bewußt außerstande gesetzt, seiner Unterhaltspflicht nachzukommen" [16]).

Es ist nicht erforderlich, daß dieser stillschweigende Verzicht gerade im Hinblick auf die Unterhaltspflicht erfolgte. Denn würde man das annehmen, so würde man die Absicht des Unterhaltspflichtigen, sich der Unterhaltspflicht zu entziehen, verlangen. Diese Anforderung stellt das Gesetz nicht an den inneren Tatbestand. Es genügt, daß der Angeklagte sich bewußt war, zur Erfüllung der Unterhalstpflicht in der Lage zu sein, wenn er also wußte, daß er auf Grund dieser Vereinbarung keinen Lohn erhalten werde, daß er aber Anspruch auf Lohn hatte und daß er bei Lohnzahlung in der Lage war, dem Kinde Unterhalt zu gewähren. Wenn er trotz dieses Bewußtseins und trotz der Aufforderung durch die zuständige Behörde keinen Unterhalt leistete, so ist der Tatbestand des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB insoweit gegeben.

---

13) Bay. OLG v. 23. Febr. 1907 in Bay. OLG Entsch. Bd. VII, S. 236 und KG v. 31. Jan. 1901 in Goltd. Arch. Bd. 43, S. 369.

14) KG vom 25. 10. 1924 — 2. S. 319/24 — in JRdsch. 1925, Sp. 323, Nr. 335 und OLG Stettin v. 6. Nov. 1896 in Goltd. Arch. Bd. 44, S. 278.

15) Vgl. S. 98 ff. d. Arb. („trotz").

16) OLG Kiel vom 26. März 1930 in Rdbrf. ADB VI, (1930) S. 240.

Das Bewußtsein der eigenen Leistungsfähigkeit sah OLG Darmstadt als nicht gegeben an[17]), und nimmt deshalb auch keine strafbare Entziehung an, wenn dem Unterhaltspflichtigen in der Aufforderung keine bestimmte Summe mitgeteilt wird, die er zu leisten habe. Denn wenn er nicht wisse, wieviel er leisten soll, so kann er auch nicht wissen, ob er zu dieser Leistung in der Lage ist. Das Bewußtsein der Leistungsfähigkeit, das zur Bestrafung nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB erforderlich sei, habe der Unterhaltspflichtige nicht haben können. In diesem Falle „entziehe" er sich nicht der Unterhaltsverpflichtung, da er seinen Verdienst nicht unter schuldvoller Vernachlässigung seiner Familie vergeude.

Ein Irrtum des Unterhaltspflichtigen über die Leistungsfähigkeit, also darüber, ob er in der Lage ist, diejenigen zu unterhalten, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, ist ein strafrechtlicher Irrtum. Denn der Begriff „in der Lage sein" ist ein strafrechtlicher Begriff. Irrt der Täter über seine Leistungsfähigkeit, so befindet er sich im Irrtum über einen strafrechtlichen Begriff, der den Vorsatz nicht ausschließt. § 59 StGB steht ihm nicht zur Seite[18]).

Sowohl der bloße Glaube, er sei infolge seines geringen Einkommens oder mit Rücksicht auf sonstige Verpflichtungen zur Leistung der Unterhaltspflicht nicht in der Lage, als auch die Annahme, sein Einkommen übersteige nicht den pfändbaren Betrag, und er sei deshalb nicht leistungsfähig, ist nur ein strafrechtlicher Irrtum und schließt daher den Vorsatz nicht aus. Er betrifft nur das Strafgesetz, da er die unrichtige Annahme zur Grundlage hat, das Vorhandensein eines den unpfändbaren Betrag übersteigendes Einkommen sei Tatbestandsmerkmal der strafrechtlichen Leistungsfähigkeit.

Ein zivilrechtlicher Irrtum würde bei der Leistungsfähigkeit nur dann in Frage kommen, wenn er die Größe der zur Verfügung stehenden Mittel beträfe, was z. B. dann der Fall sein würde, wenn der Unterhaltspflichtige Ansprüche, die ihm zuständen, unrichtigerweise als unbegründet angesehen hätte[19]).

Nicht ganz so korrekt scheidet das Bayerische OLG[20]). Es geht davon aus, daß nur die wissentliche Nichterfüllung der Unterhaltspflicht strafbar ist. Der Unterhaltspflichtige müsse u. a. auch seine Leistungsfähigkeit kennen. Wenn er sich nicht für leistungsfähig hält, weil er z. B. meint, in seinem Stande sei diese Lebensweise die ihm zukommende, und weil er eine weitere Einschränkung nicht für möglich hält, obgleich er objektiv leistungsfähig ist, so schließt das — so Bay.OLG.[20]) — den zur Erfüllung des Tatbe-

---

17) OLG Darmstadt vom 24. Nov. 1899 in Goltd. A. Bd. 48, S. 372. Daß das OLG Darmstadt die in diesem Urteil geäußerte Auffassung aufgab, war bereits früher S. 79 der Arbeit gezeigt (vgl. Anm. 15 und 18 a.a.O.).

18) KG vom 25. Mai 1929 in JW 1930, S. 580 = JRdsch. V (1929) Nr. 1627; Bay. OLG v. 30. 10. 1933 in DRZ 26, (1934), Nr. 117, S. 114.

19) KG v. 25. Mai 1929, a.a.O. vgl. Anm. 18.

20) Urt. d. Bay. OLG v. 30. 10. 1933, a.a.O. vgl. Anm. 18.

standes des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 erforderlichen Vorsatz in Bezug auf eigene Leistungsfähigkeit aus. „Hat der Unterhaltspflichtige aus Irrtum seine Leistungsfähigkeit nicht für gegeben angesehen, so ist bezüglich dieses Tatbestandsmerkmales der Vorsatz ausgeschlossen. Die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Leitungsfähigkeit ist der Leistungsfähigkeit nicht gleich zu achten und ist für den inneren Tatbestand nicht ausreichend."

Das kann nicht als richtig anerkannt werden. Das Bay.OLG. scheint den Begriff der Leistungsfähigkeit mit dem der Verpflichtung zum Unterhalt zu vermengen. Zwar ist auch in der Regel unterhaltspflichtig nur, wer leistungsfähig ist[21]). In den Urteilsgründen a.a.O. finden sich neben den Ausführungen, den Irrtum über die Leistungsfähigkeit betreffend, Ausführungen wie: Es kann dem Unterhaltsberechtigten unbekannt geblieben sein, daß er den nicht für seinen persönlichen Unterhalt benötigten Teil gleichmäßig zum Unterhalte der beiden Söhne zu verwenden habe; der Unterhaltspflichtige habe aber vielleicht gemeint, seine Einnahmen könne er erst für seinen Haushalt, dann für den Sohn und, wenn etwas übrig bleibt, für den außerhalb des Haushalts wohnenden anderen Sohn verwenden.

Diese Ausführungen sind geeignet, anzunehmen, daß das Bay.OLG. nicht scharf unterschieden hat zwischen dem Bewußtsein der Verpflichtung zum Unterhalt — Irrtum darüber ist Irrtum über bürgerlich-rechtliche Norm und schließt den Vorsatz aus und damit Bestafung aus § 361 Abs. 1 Ziff. 10 — und dem Bewußtsein der eigenen Leistungsfähigkeit — Irrtum darüber ist Irrtum über strafrechtlichen Begriff und schließt den Vorsatz nicht aus.

Jedenfalls ist an der richtigen Ansicht des KG a.a.O. festzuhalten.

Ebenso wie das Bay.OLG. nimmt OLG Dresden[22]) an: „Die irrige Annahme des Unterhaltspflichtigen, daß die ihm angesonnene Leistung in seinen Vermögens- und Einkommensverhältnissen nicht begründet und er zu ihr nicht imstande sei, schließt den zur Strafbarkeit erforderlichen Vorsatz nach § 59 StGB aus."

c) Die Kenntnis der Aufforderung durch die zuständige Behörde.

Der Vorsatz muß sich ferner auf die Aufforderung der zuständigen Behörde erstrecken. Der Unterhaltspflichtige muß also

---

21) § 1603 Abs. 1 BGB, allerdings mit verschiedenen Ausnahmen, z. B. 1603 Abs. 2, § 1708 Abs. 1 — Gegenschluß aus § 1708, Abs. 2, S. 2 BGB. —

22) Urt. v. 8. 12. 1915 in Dt. StRZtg. III (1916) S. 262. Ebenso OLG Dresden v. 8. 2. 27 in LZ 21 (1927), S. 483 Nr. 1: „Wenn der Unterhaltspflichtige meint, er sei bei seinem Einkommen nicht in der Lage, Unterhalt zu leisten, so ist das ein Irrtum über seine Leistungsfähigkeit, der den Vorsatz gem. § 59 ausschließt.

wissen — dolus eventualis genügt auch hier —, daß er von der zuständigen Behörde aufgefordert ist[23]).

Das wird in den — von der Rechtsprechung als zulässig angesehenen[24]) — Fällen bedeutsam, in denen sich die zuständige Behörde einer anderen Behörde als Vermittlungsstelle bedient. Dem Unterhaltspflichtigen muß also mitgeteilt werden, von welcher Behörde die Aufforderung ausgegangen ist, welche Behörde um Aufforderung ersucht hat[25]).

„Deshalb muß im Falle einer Organisation, nach der das Wohlfahrtsamt die gemeinsame Geschäftsstelle für die Aufgabe des Fürsorgeverbandes und des Jugendamtes ist, bei der Aufforderung dem Unterhaltspflichtigen erkennbar gemacht werden, daß die Behörde nicht in ihrer Eigenschaft als Amtsvormund des Berechtigten in Ausübung einer vormundschaftlichen Obliegenheit, sondern als geschäftsführende Behörde des Fürsorgeverbandes handelt, da eine vom Amtsvormund erlassene Aufforderung den Erfordernissen des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB nicht genügt."

d) Das Bewußtsein der Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe.

Zum inneren Tatbestand gehört weiter das Bewußtsein des Unterhaltspflichtigen von der Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe. Er muß wissen, daß infolge seiner Weigerung, seine Unterhaltspflicht gegenüber dem ihm gegenüber Berechtigten zu erfüllen, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden m u ß[26]). Das genügt zum Vorsatz. Die Leistung der durch Vermittlung der Behörde in Anspruch genommenen Hilfe gehört nicht zum objektiven Tatbestand, der Vorsatz braucht sich darauf ebenfalls nicht zu erstrecken[27]).

Anderer Ansicht war früher das KG.

In seiner Entscheidung vom 1. 12. 08[28]) nahm das KG an, daß der Unterhaltspflichtige mit der Aufforderung die Kenntnis erhalte von der Bedürftigkeit der ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten. Er selbst brauche die Unterhaltsbedürftigkeit der ihm gegenüber Berechtigten nicht kennen, vielmehr genüge, daß dem Täter bekannt sei, daß nach Ansicht der zuständigen Behörde die Unterstützungsbedürftigkeit feststeht. Dadurch erhalte er auch die zur Annahme des Vorsatzes erforderliche Kenntnis, daß infolge seiner Nichter-

23) KG am 8. 12. 28 in Goltd. Arch. Bd. 73, S. 261 = JW 1929, S. 1066 Nr. 3 = Rdbrf. ADB V, (1929) S. 102.

24) Vgl. S. 78 d. Arb. bes. Anm. 12 a.a.O.

25) KG a.a.O. vgl. Anm. 23 und Bay. OLG v. 27. 4. 31 i. Rdbrf. ADB VII (1931), S. 259. Vgl. außerdem S. 78 d. Arb.

26) So Bay. OLG vom 27. 4. 1922 in Zentr. Bl. für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt XV, (1924), S. 21 = Bay. OLG Entsch. Bd. 22, S. 61 und OLG Karlsruhe, v. 24. 2. 27 in Bad. Rechtsprax. 1927, S. 150 Nr. 25.

27) „Leisten" ist mehr als „vermitteln". Vgl. S. 51 d. Arb.

28) In KG Jb. 37 C S. 78.

füllung der Unterhaltspflicht — nach Ansicht der Behörde — fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß. Sollte er eine von der Behörde abweichende Meinung haben, so könne er diese Ansicht durch geeignete Vorstellungen oder im Beschwerdewege bekämpfen, strafrechtlich käme eine abweichende Ansicht nicht in Betracht.

Das KG hat später[29]) diesen Standpunkt verlassen.

Daß objektiv die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe erforderlich ist, war oben gezeigt. Deshalb muß sich auch der Vorsatz auf dieses Tatbestandsmerkmal erstrecken. „Es ist daher nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber dem Unterhaltspflichtigen den Beweis dafür im Prozeß hat abschneiden wollen, daß ein Fall der Hilfsbedürftigkeit nicht vorliegt." Insofern unterliegt die Entscheidung der Fürsorgeverbände der Nachprüfung durch den Strafrichter, als dieser das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale und des auf diese sich beziehenden Vorsatzes festzustellen hat. Zum inneren Tatbestand gehört also das Bewußtsein des Täters vom Eintritt der Notwendigkeit, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen[30]). Der Richter muß also den Beweis zulassen, daß die Hilfsbedürftigkeit nicht vorliegt.

Die gegen diese — die herrschende — Ansicht von Professor Klumker[31]) geäußerten „starken" Bedenken erscheinen nicht begründet.

„Die Entscheidung, ob fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß, steht nicht dem Verletzer zu, sondern den Fürsorgeverbänden nach pflichtmäßigem Ermessen. Gerade der Unterhaltssäumige will ja, daß die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten z. B. seine Ehefrau und sein uneheliches Kind, keinen Unterhalt bekommen. Die öffentliche Hilfe muß oft ohne Antrag der Frau, ja gegen deren Willen zum Wohle der Kinder gewährt werden"[31]).

Meinungsverschiedenheiten über das, was zum notwendigen Unterhalt gehört, können eintreten, wenn der Unterhaltssäumige z. B. behauptet, seine Ehefrau hätte mit dem auskommen können, was sie hatte und der Fürsorgeverband trotzdem Hilfsbedürftigkeit feststellte, weil es zum Leben nicht ausreichte.

Nach der Ansicht des KG kann der Unterhaltspflichtige nur bestraft werden, wenn er sich bei der Beschränkung der seiner Ehefrau gegebenen Mittel bewußt war oder wenigstens als möglich voraussah und im Falle seines Eintritts billigte, daß die Inanspruchnahme fremder Hilfe dadurch erforderlich werde.

---

29) Entsch. d. KG v. 25. 10. 1924 in JRdsch. I (1925) Rspr. Nr. 335, S. 323 = Recht 31 (1927), S. 134/5. Nr. 487: „Die frühere Ansicht, daß lediglich die Ansicht der zuständigen Behörde maßgebend war, kann nicht mehr aufrecht erhalten werden"; ebenso KG v. 14. 8. 1926 i. Goltd. Arch. Bd. 71, S. 140 und KG v. 26. 1. 1929 i. Goltd. A. Bd. 74, S. 20 = JW 1930, S. 1018 Nr. 18.

30) Olshausen, h. v. Hippel, VDB, Bd. II, S. 174; Leipz. Kom. X Note 11 zu § 361.

31) In JW 1930, S. 1018 i. Anschluß an KG v. 26. 1. 1929 a.a.O.

Dieses Ergebnis erscheint sehr unbefriedigend. Es ist aber ein deutliches Zeichen dafür, wie der Gesetzgeber und die Rechtsprechung peinlich darauf bedacht waren, den Unterhaltssäumigen, im weiteren Sinne den Rechtsbrecher überhaupt, insoweit zu schützen.

Der gegenteilige Erfolg ist aber auch nicht sehr wünschenswert. Ungerechten Verurteilungen wäre dann die Möglichkeit geschaffen, wenn der Unterhaltspflichtige die Folge seiner Unterhaltspflichtverletzung nicht — auch nicht als möglich — voraussieht, daß fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß. Es gibt da Grenzfälle, in denen sehr wohl der Fürsorgeverband eine von der des Unterhaltspflichtigen abweichende Meinung haben kann. Unser Strafrecht beruht aber vor allem auf dem Prinzip der Schuld, d. h. der Schuldige soll bestraft werden. Schuldig im Sinne unserer Gesetzesbestimmung ist aber nur, wer vorsätzlich handelt, und da der Vorsatz sich auf alle Tatbestandsmerkmale beziehen muß, so wird man auf der Grundlage des heutigen Strafrechts zu einer anderen Entscheidung als der des KG nicht kommen können.

Da der Strafrichter alle Tatbestandsmerkmale auf ihr Vorliegen zu prüfen hat, ist nicht einzusehen, warum der Strafrichter nicht prüfen sollte, ob die Folge der Unterhaltspflichtverletzung war, daß fremde Hilfe in Anspruch genommen werden mußte.

Auch erscheint eine Bestrafung in den Fällen nicht wünschenswert, in denen der unterhaltspflichtige Ehemann oder eheliche Vater aus erzieherischen Gründen die Unterhaltsleistungen an seine Ehefrau oder seine ehelichen Kinder etwas zurückhält, um einer evtl. Neigung zur Verschwendung entgegenzutreten, oder um für Fälle der Not seiner Familie etwas zu ersparen.

Würde die Fürsorgebehörde in einem solchen Falle öffentliche Unterstützung für notwendig halten, der unterhaltspflichtige Ehemann oder der eheliche Vater aber die Unterhaltsleistungen aus erzieherischen Gründen beschränken, so wäre eine Bestrafung ungerecht und dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechend, der nur die Fälle der „frivolen" Unterhaltsverletzung im Auge hatte.

In einem besonderen, jedoch häufig vorkommenden Falle hatte das KG [32]) ein Sichentziehen nicht angenommen: Ein ehelicher Vater lebte von seiner Ehefrau und seinem ehelichen Kind getrennt und zahlte, trotzdem er dazu in der Lage war, und auch die anderen Voraussetzungen des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB erfüllt waren, für das Kind keinen Unterhalt, obwohl er, da § 1612 Abs. 2 BGB nicht zutraf — er konnte nicht verlangen, daß das Kind den Unterhalt in Form der Naturalverpflegung bei ihm entgegennimmt, da das Kind außerstande ist, persönlich die hierzu geeigneten Schritte zu tun —, zur Leistung einer Geldrente verpflichtet war.

Das KG sprach ihn indes von der Übertretung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 frei, da er sich der Unterhaltspficht nicht „entzogen" hatte.

---

32) Urt. v. 27. 7. 1911 in Zentr. Bl. f. JR und Jugendwohlfahrt III (1912), S. 275.

Denn eine zum Empfang der Unterhaltsbeträge berechtigte Person sei nicht vorhanden. Das Kind steht unter seiner elterlichen Gewalt und wird von ihm vertreten [33]). Nach § 1634 BGB hat die Mutter nicht das Recht, das Kind zu vertreten. Das Kind des Angeklagten müßte also, um Unterhaltsansprüche gegen den Angeklagten geltend machen zu können, einen Pfleger erhalten [34]). Solange ein solcher nicht bestellt ist, sei der Vater zur Zahlung von Unterhaltsbeträgen nicht verpflichtet, da er nicht in der Lage sei, mit befreiender Wirkung seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Er sei daher auch nicht verpflichtet, an seine Ehefrau Geldbeträge für das Kind abzuführen, es sei denn, daß die Mutter zur Pflegerin des Kindes bestellt ist.

Mit Recht ist gegen dieses Urteil eingewandt worden, daß es unzulässigerweise rein zivilrechtliche und zivilprozessuale Gesichtspunkte in das Strafrecht überträgt. Um Zahlungen aus obligatorischen Schuldverhältnissen in Empfang zu nehmen, muß allerdings der Minderjährige einen gesetzlichen Vertreter haben und dieser muß ein Pfleger sein, wenn der Vater der Verpflichtete ist. Die Unterhaltsgewährung ist aber nicht lediglich die Erfüllung eines obligatorischen Forderungsrechtes ,sondern sie ist eine durch Natur gebotene Rechtshandlung, die keines geschäftsfähigen Empfängers bedarf.

Ein Unterschied zwischen Unterhaltsgewährung durch Naturalleistung und durch Gewährung einer Geldrente ist nicht einzusehen. Das Kind kann Naturalleistungen, wenn es mit dem Vater zusammenlebt, auch ohne einen Pfleger fordern und der Vater wird, wenn er durch Naturalleistung seine Unterhaltspflicht erfüllt, von dieser Verpflichtung befreit.

Nach diesem Urteil kann eine strafrechtliche Verfolgung eines Vaters, der für seine nicht bei ihm wohnenden minderjährigen Kinder Unterhalt nicht zahlt, nur dann erfolgen, wenn für das Kind, das er unterhalten muß, ein Pfleger bestellt ist, an den er zahlen kann. Da aber in den Ehen, in denen die Eltern getrennt leben, ohne jedoch geschieden zu sein, nur in seltenen Ausnahmefällen ein Pfleger bestellt ist, entfällt nach dem Urteil praktisch die Anwendung der Strafbestimmung in allen Fällen, in denen Kinder eheverlassener Mütter unterstützt werden. Ja sogar in allen den Fällen, in denen Kinder nicht bei ihrem Vater — oder, wenn die Mutter unterhaltspflichtig ist, bei ihrer Mutter — verpflegt werden, und § 1612 Abs. 2 nicht zutrifft, kann selbst bei gröbster Pflichtverletzung nach diesem Ureil strafrechtlich nicht vorgegangen werden. Ein Umstand — Mangel eines gesetzlich berechtigten Fürsorgers —, der die Handlung besonders strafwürdig erscheinen läßt, wird zum Grunde der Straflosigkeit gemacht [35]).

33) §§ 1627, 1630 BGB.
34) §§ 1909, 181 BGB.
35) Gegen das KG nimmt OLG Hamburg — Urteil vom 9. Mai 1922 in Zentralbl. f. freiw. Ger. Not. und Zwangsversteig. Bd. XXII (1922) S. 102,

Auch die praktischen Folgen dieses Urteils erscheinen nicht wünschenswert. Wir wollen von obigem Falle ausgehen: Die Frau braucht für ihr Kind dringend Unterhalt, da der Mann auswärts lebt. Sie geht zum Prozeßgericht, um gegen den Mann zu klagen. Sie braucht dazu einen Pfleger. Am Vormundschaftsgericht wird der Antrag auf Pflegerbestellung aufgenommen. Der Mann wohnt aber an einem anderen Orte, dort haben die Kinder ihren juristischen Wohnsitz (§ 11 BGB), aber in Wirklichkeit halten sie sich bei der Mutter auf. Der Antrag geht daher an das Vormundschaftsgericht des Wohnortes des Vaters. Entweder wird dort ein an der Sache wenig interessierter Pfleger bestellt, oder das Vormundschaftsgericht schickt die Akten zurück und ersucht das Vormundschaftsgericht am Wohnsitze der Ehefrau, die Pflegschaft zu übernehmen.

Schon hieraus ist ersichtlich, daß in einem Falle, in dem der eheliche Vater von seiner Familie getrennt lebt, es lange Zeit dauert, bis ein Pfleger bestellt ist, der berechtigt ist, die Unterhaltsleistungen des ehelichen Vaters in Empfang zu nehmen. Schon an diesen praktischen Folgen zeigt sich die Unhaltbarkeit des Urteils.

„Das reine Unterlassen einer Handlung, zu deren Vornahme man verpflichtet ist, ist noch nicht ohne weiteres ein Sich-entziehen. Wenn aber der Unterhaltspflichtige trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt, so handelt und beharrt er in bewußtem Ungehorsam, d. h. er entzieht sich vorsätzlich der Unterhaltspflicht“ [36]). Deshalb kann dem Bay. OLG [37]) nicht gefolgt werden, das annimmt, daß derjenige, der nur einmal freiwillig leistet, weitere Unterhaltsbeträge von ihm aber nur durch Pfändung haben erlangt werden können, sich dadurch noch nicht der Unterhaltspflicht entzieht. Mit OLG Posen [36]) ist vielmehr anzunehmen, daß er seine Unterhaltspflicht trotz Aufforderung der zuständigen Behörde nicht erfüllt, und wenn dadurch, daß er nicht pünktlich freiwillig den Unterhalt leistet, die anderen Tatbestandsmerkmale, insbesondere die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Hilfe, erfüllt werden, so ist nicht einzusehen, warum in diesem Verhalten nicht ein „Sich-entziehen“ angenommen werden soll. Denn er erfüllt noch keineswegs seine Pflicht, wenn er „der Zwangsvollstreckung nichts entgegensetzt und sich ruhig auspfänden läßt. Das Gesetz fordert weit mehr von ihm, nämlich ein L e i s t e n und eine besonders gesteigerte Arbeitsfähigkeit im In-

---

Nr. 23 = Zentr. Bl. f. JR, Bd. 15, S. 4 — mit Recht an, daß der Vater seinem ehelichen Kinde, das sich nicht bei ihm befindet und wegen jugendlichen Alters noch nicht über sich bestimmen kann, solange Unterhalt durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren hat, bis er es bei sich aufgenommen hat u. die Möglichkeit erhält, den Aufenthalt des Kindes tatsächlich zu bestimmen.

36) OLG Posen, v. 17. 12. 1910 in Pos. Monatsschr. Bd. 14, (1911) S. 122.

37) Bay. OLG v. 21. 1. 1932 in JW 1932, S. 1395, = Rdbrf. ADB VIII (1932/33), S. 50.

teresse der Unterhaltsberechtigten, sofern diese sonst der öffentlichen Armenpflege anheimfallen würden“ [38]).

Ein Entziehen liegt also in jeder Nichtleistung des Unterhalts, wenn der Unterhaltspflichtige in bewußtem Ungehorsam gegen die Aufforderung trotz Verpflichtung und Leistungsfähigkeit verharrt.

Ebenso entzieht sich der Unterhaltspflichtige dann seiner Pflicht, wenn er pflichtwidrig herbeiführt, daß fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß [39]).

Es war oben — S. 100 ff. — erwähnt, daß, um ein vorsätzliches Sichentziehen anzunehmen, erforderlich sei, der Täter sich b e w u ß t ist, daß er sich der Unterhaltspflicht entzieht. Das Kennen aller Tatbestandsmerkmale genügt noch nicht, vielmehr ist zu einer Bestrafung auch erforderlich, daß der Täter alle Tatbestandsmerkmale verwirklichen w i l l. Es lassen sich aber Fälle denken, in denen jemand eine Unterhaltspflicht verletzt, dies auch weiß, aber seine Unterhaltspflicht nicht verletzen will.

Wir wollen als Beispiel den Fall nehmen, daß ein Unterhaltspfichtiger seine Eltern und sein uneheliches Kind zu unterhalten hat, dieses auch weiß, aber seine Mittel nur dazu ausreichen, e i n e n Unterhaltsanspruch zu befriedigen [40]).

Er hatte den Willen, den Unterhaltsanspruch der Eltern zu befriedigen. Daß er den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes nicht befriedigte, obgleich er mehr als den eigenen notdürftigen Unterhalt hatte, wußte er auch. Er verletzte also seine Unterhaltspflicht dem unehelichen Kinde gegenüber bewußt. Er war aber, bestärkt durch zwei in dieser Sache ergangene Beschlüsse des AG und LG, der Ansicht, daß der Unterhaltsanspruch der Eltern nach § 4 a des Lohnbeschlagnahmegesetzes, was die Zwangsvollstreckung anging, dem des unehelichen Kindes vorginge, während der Amtsvormund des unehelichen Kindes, gestützt auf § 1603 BGB [41]) den Lohnanspruch in Höhe des den notdürftigen Unterhalt des Schuldners übersteigenden Teiles für das uneheliche Kind gepfändet hatte. Seinen gegen diese Pfändung erhobenen Erinnerungen gaben Amts- und Landgericht statt.

Der Unterhaltspflichtige w o l l t e keine Unterhaltspflicht verletzen, im Gegenteil lag ihm daran, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Gerade weil ihm daran lag, leistete er — in Übereinstimmung mit der Ansicht des Amts- und Landgerichtes — dem unehelichen Kinde keinen Unterhalt, sondern nur seinen Eltern.

Ihm fehlte das Bewußtsein, sich der Unterhaltspflicht gegenüber dem unehelichen Kinde zu entziehen. Eine v o r s ä t z l i c h e Nicht-

38) OLG Dresden am 18. Okt. 1906 in Goltd. Arch. Bd. 56, S. 108 = Ann. des OLG Dresden, Bd. 28, S. 293 ff. (S. 296).

39) OLG Dresden am 22. Okt. 1903 in Ann. des OLG Dresden, Bd. 26 (1905), S. 31 ff. = Fischers Ztschr. 27 (1904), S. 230.

40) Sachverhalt, wie er dem Urt. des OLG Düsseldf. v. 3. 4. 1935 in DRZ 27, (1935) Nr. 424 Sp. 432 zugrunde liegt.

41) Zu den „sonstigen Verpflichtungen“ im Sinne des Abs. 1 gehöre auch die Unterhaltspflicht gegenüber dem unehelichen Kinde.

erfüllung ist also nicht anzunehmen. Es geht nicht an, denjenigen wegen vorsätzlicher Nichterfüllung zu bestrafen, der den Unterhalt seinem unehelichen Kinde gegenüber deshalb nicht leistet, weil er die — nach seiner Ansicht vorgehende — Unterhaltspflicht seinen Eltern gegenüber erfüllt. Er will die Unterhaltspflicht erfüllen, er will nicht gegen § 361 Abs. 1 Ziff. 10 verstoßen, und deshalb leistet er an seine Eltern und nicht an sein uneheliches Kind.

Ihm kommt § 59 StGB zugute. „Denn wenn zwischen dem Gericht und Jugendamt streitig war, ob die Bestimmung des § 1603 Abs. 1 BGB oder die Sondervorschrift des § 4a des Lohnbeschlagnahmegesetzes Anwendung findet, so kann man vom Angeklagten nicht verlangen, daß er sich über die Rechtslage, über seine Verpflichtung zur Unterhaltsleistung, im klaren war. Wäre er im Irrtum über seine Unterhaltspflicht, so wäre dies ein nach § 59 StGB beachtlicher Zivilrechtsirrtum“ [42]).

3. Kapitel:

Wie und womit wird bestraft?

Grundsätzlich wird der nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 Verurteilte mit Haft bestraft [1]). Für diese Verurteilten gelten nicht die Bestimmungen des § 362 Abs. 1 über die geschärfte Haft, da die Aufzählung der Ziffern des § 361 in § 362 Abs. 1 keine Ergänzungen zuläßt.

Die Strafe besteht also in der Regel in einfacher Freiheitsentziehung [2]).

Nach § 361 Abs. 2 kann im Falle der Ziffer 10 statt der Haft auf Geldstrafe bis zu 150,— RM erkannt werden.

Eines besonderen Hinweises bedarf es noch darauf, daß der Regelfall der Bestrafungen nach § 361 StGB die Haft ist, während nur für die Ziffern 9 und 10 im Absatz 2 die Möglichkeit der Geldstrafe bleibt. Dies verdient deshalb Beachtung, weil bei fast allen Übertretungen [3]) die Geldstrafe als Regel aufgestellt ist.

Das hat seinen Grund darin, daß im § 361 alle Übertretungen zusammengefaßt sind, die ihre Ursache im Müßiggang, Bettel, Landstreicherei, Arbeitsscheu und ähnl. verwandten Lastern haben. Geldstrafe erscheint deshalb als Ausnahme, weil diese Laster den Verurteilten meist vermögenslos gemacht haben oder seine Vermögenslosigkeit sogar Voraussetzung zur Bestrafung ist. Für Ziffer 10, zu deren Anwendung Leistungsfähigkeit erforderlich ist, ist als Ausnahme Geldstrafezu gelassen.

Aber es empfiehlt sich, gegen diese Unterhaltsschuldner eine Haftstrafe zu verhängen. Das gilt vor allem mit Rücksicht auf den

42) OLG Düsseldorf v. 3. 4. 1935 a.a.O. vgl. Anm. 40.
1) § 361 Abs. 1, 1. Satzteil.
2) § 18 Abs. 2 RStGB.
3) §§ 360, 366, 366 a, 367, 368, 369, 370 StGB.

Unterhaltsberechtigten und den Schutz der öffentlichen Armenmittel. Denn mit einer Geldstrafe wird diesen Zwecken nicht gedient, vielmehr fließt sie der Staatskasse zu. Es empfiehlt sich, den Unterhaltssäumigen zu einer Haftstrafe unter bedingter Strafaussetzung innerhalb einer Bewährungsfrist zu verurteilen. Hierdurch wird erreicht, daß der Unterhaltsschuldner wenigstens in der Zeit seiner Bewährungsfrist die Unterhaltspflicht erfüllt, um Straferlaß zu erhalten. Nur wenige Unterhaltssäumige werden es in solchem Falle auf die Vollstreckung der Haftstrafe ankommen lassen.

Allgemein anerkannt ist, daß die Strafen in keinem Verhältnis zur Straftat stehen. Deshalb ist auch in allen Entwürfen die Strafe erhöht worden. Hier handelt es sich um Verletzung der ernstesten und heiligsten Pflicht gegenüber der Familie sowie um eine schamlose Ausbeutung der Armenpflege, wenn der Unterhaltspflichtige, selbst leistungsfähig, die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten der öffentlichen Unterstützung anheimfallen läßt.

4. Kapitel:

Wielange ist der Verletzer der Unterhaltspflicht nach § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB strafbar (Verjährung)?

Die Verletzung der Unterhaltspflicht im Sinne des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB ist eine Übertretung im Sinne des § 1 Abs. 3 StGB. Sie verjährt nach § 67 Abs. 3 in drei Monaten. Die Übertretung ist ihrem Wesen nach Dauerdelikt[1]). Die Verjährung beginnt also erst mit dem Aufhören des rechtswidrigen Zustandes. Der rechtswidrige Zustand kann bei unserem Delikt in verschiedener Weise endigen.

Er endigt:

1) mit der Erfüllung[2]) der Unterhaltspflicht[3]),

1) KG 29. 10. 09 in Goltd. Arch. Bd. 57, S. 412 = Reger Erg. Bd. IV (1911) S. 314; OLG Naumbg. v. 16. 1. 35 = Rdbrf. ADB XI, (1935/6) S. 46; OLG Kgsbg. v. 13. 9. 26 in HRR (Beil. z. ZStW Bd. 48) Bd. 3, S. 26; OLG v. 8. 2. 27 in LZ 1927, S. 483 Nr. 1 = Rdbrf. ADB IV (1928/9) Sp. 185; OLG S. 245/6; OLG Dresden 28. 1. 30 i. LZ 24 (1930) Sp. 913. Nr. 2; OLG Dresden 8. 2. 27 in LZ 1927, S. 483 Nr. 1 = Rdbrf. ADB IV (1928/9) Sp. 185. OLG Karlsruhe v. 24. 2. 27 i. Bad. RPrax. 29 (1927) S. 150 Nr. 25 = Rdbrf. ADB III (1927) S. 193; OLG Karlsr. v. 25. 4. 29 i. Bad. RPrax. 31 (1929) S. 99. OLG Karlsr. 24. 10. 29 i. Bad. RPrax. 32 (1930) S. 82.

2) Das ist nicht ganz korrekt ausgedrückt. Wie öfters erwähnt, ist das Strafbare an unserem Delikt der Ungehorsam gegen die Aufforderung; denn erst wenn diese dem Unterhaltspflichtigen zur Kenntnis kommt und er sich weigert, die Unterhaltspflicht zu erfüllen, so macht er sich strafbar. Wenn der Unterhaltspflichtige nicht freiwillig den Unterhalt leistet, sondern die Unterhaltsbeiträge im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden, so dauert sein Ungehorsam gegen die Aufforderung fort. — Vgl. S. 109/110 der Arbeit. — Die Verjährung kann in diesem Falle also nicht beginnen, der rechtswidrige Zustand endet erst mit der f r e i w i l l i g e n Erfüllung der Unterhaltspflicht.

3) OLG Dresden v. 28. 1. 30 a.a.O.; OLG Hamm 27. 4. 29 a.a.O. (vgl. Anm. 1).

2) wenn die Unterhaltsverweigerung aufhört, rechtswidrig zu sein. Das ist der Fall:

a) wenn die Verpflichtung wegfällt, Unterhalt zu leisten[4]),

b) wenn der Unterhaltspflichtige nicht mehr in der Lage ist, Unterhalt zu leisten[5]),

c) wenn keine fremde Hilfe mehr für den hilfsbedürftigen Unterhaltsberechtigten in Anspruch genommen wird.

Im Falle 2a) und 2c) kann trotz Fortdauer der Nichtgewährung des Unterhalts seitens des Unterhaltspflichtigen die Verjährung beginnen und sich vollenden. Denn eine strafbare Handlung ist nur dann vorhanden, wenn alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Liegen einige Tatbestandsmerkmale (z. B. in den Fällen 2a und 2c) nicht mehr vor, — auf diese hat ja der Täter keinen Einfluß — so beginnt die Straftat zu verjähren, denn der rechtswidrige Zustand besteht nicht mehr, auch wenn der Unterhaltspflichtige zu seiner Beseitigung nichts getan hat.

Das Delikt verjährt nicht, solange es begangen wird. Für die Frage des Beginns der Verjährung ist also nicht der Zeitpunkt der Aufforderung, sondern der Zeitpunkt maßgebend, in dem zum letzten Male alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind[6]). Denn der Aufforderung kann mehrmals entgegen gehandelt werden.

Eine davon abweichende Meinung wurde im Preuß. Verw.Bl. Bd. 19 (1898) S. 84 vertreten. Die Aufforderung war vor mehr als drei Monaten vor Strafantrag ergangen. Im Preuß. Verw.Bl. wurde nun die Ansicht vertreten, die einmalige Aufforderung der zuständigen Behörde genügt nicht, um nach Ablauf der Verjährungsfrist, wenn im übrigen die Tatbestandsmerkmale des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 von neuem vorliegen, auf Grund jener einmaligen Aufforderung der zuständigen Behörde das Strafverfahren von neuem einleiten zu können. Auch die Aufforderung der zuständigen Behörde verjähre[7]) in einem Vierteljahr und müsse daher nach Ablauf der Verjährungsfrist immer wieder von neuem erlassen werden. Drei Monate nach Beginn der Übertretung — Kenntnis der Aufforderung und trotzdem Weigerung, Unterhalt zu leisten — sei die Strafverfolgung der Übertretung verjährt.

---

4) Z. B. beim Vater gegenüber seinem unehelichen Kind, wenn es das 16. Lebensjahr vollendet hat (1708 BGB) oder — § 1602 Abs. 2 BGB — das eheliche Kind, das Vermögen besitzt, wird volljährig. Von jetzt ab muß es sein eigenes Vermögen aufbrauchen und hat keinen Anspruch mehr gegen andere.

5) Denn von diesem Augenblick ist das Tatbestandsmerkmal „obschon er in der Lage ist" nicht mehr gegeben (OLG Kgsbg. v. 13. 9. 1926 a.a.O.).

6) Bretzfeld in Ztschr. f. Rechtspfl. i. Bay. VII, (1911) S. 417 und Weitpert in Bl. f. öff. Fürs. Bd. 17, (1932), S. 185 ff.

7) Soll wohl heißen „verliert ihre Wirksamkeit". „Verjähren" können nur Handlungen, Strafen, Strafanträge u. ä.

Abgesehen davon, daß dieser Aufforderung mehrmals entgegengehandelt werden kann[8]), zeigt sich das Unhaltbare dieser Auffassung schon in den praktischen Folgen. In der Regel ist der Unterhalt[9]) durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten, die nach § 760 BGB grundsätzlich drei Monate im voraus zu entrichten ist. Wäre obige Ansicht, daß die Aufforderung „verjährt", richtig, so müßte, sollte z. B. der uneheliche Vater oder der geschiedene Ehegatte strafbar sein, zu j e d e r Unterhaltsleistung eine neue Aufforderung an den Unterhaltspflichtigen ergehen.

Dagegen hat sich mit Recht die gesamte Rechtsprechung gewandt, wonach einer Aufforderung beschränkte Dauerwirkung innewohnt, ihr jedenfalls mehrmals entgegengehandelt werden kann[8]). Deshalb wurde dieser Ansicht auch im Preuß. Verw.Bl. Bd. 19, S. 114 entgegengetreten. Mit Recht wird dort darauf hingewiesen, daß die Verjährung nicht in dem Moment beginnt, in dem die Aufforderung dem Unterhaltspflichtigen zur Kenntnis kommt, weil — würde man dieser Ansicht folgen — die Verjährung beginnen würde, während der rechtswidrige Tatbestand des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB. noch andauert. Denn die Begehung des Delikts, eines Zustandsdelikts, dauert solange wie der rechtswidrige Zustand. Die Unterlassung der Unterhaltsgewährung ist aber nicht nur im Augenblick der Kenntnis der Aufforderung oder unmittelbar danach strafbar. „Solange der Ungehorsam dauert, solange ist die Strafbarkeit des Ungehorsams begründet"[10]).

Eine von allen abweichende Ansicht über die Verjährung der Übertretungen vertritt Beling[11]): Das Gesetz entscheide diese Frage nach einem de lege ferenda anfechtbaren Grundgedanken, aber in völlig klarer und jeden Zweifel ausschließender Weise. Nach § 67 Abs. 4 StGB komme es auf die „Handlung" an, im Gegensatz zu allem, was nach ihr kommt, insbesondere im Gegensatz zu dem eingetretenen Erfolg. Würde man dem Gesetz folgen, so bedürfe es „keines weiteren Kopfzerbrechens, auch nicht über die Zustandsdelikte". Mit Abschluß der Tätigkeit des Handelnden sei von einer „Handlung" nicht mehr die Rede, und die Verjährung setzte ein. Das RG und das Bay. OLG würden es aber abstellen auf das „Aufhören des rechtswidrigen Zustandes". „Besteht aber die strafbare Handlung in dem Bestehen-lassen eines rechtswidrigen Zustandes, so besteht in Wahrheit die Strafabrkeit der Handlung darin, daß sie diesen Zustand als „Erfolg" nach sich zieht; auf den Eintritt oder das Bestehen dieses Erfolges kommt es aber nach § 67, Abs. 4 StGB nicht an"[11]).

Dieser Ansicht hat sich jedoch niemand angeschlossen, ihr ist auch aus den oben angegebenen Gründen nicht zu folgen.

---

8) Vgl. II. Abschn. 2. Kap. A III, 1 c S. 81 ff. der Arb.

9) §§ 1612 Abs. 1; 1710 Abss. 1 und 2, 1580 Abs. 1BGB.

10) KG v. 29. 10. 09 i. Goltd. Arch. Bd. 57 S. 412, = Reger, Erg. Bd. IV, (1911) S. 314.

11) In Ztschr. f. d. ges. StRW Bd. 39 (1918), S. 664.

Daß die Übertretung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 Dauerdelikt ist, ist außer für die Verjährung auch für die Begnadigung von Bedeutung. Dies soll hiermit erwähnt werden, weil diese Frage mit dem Wesen des Dauerdelikts zusammenhängt, obgleich es nicht an diese Stelle gehört.

Das Delikt ist erst beendet mit dem Aufhören des rechtswidrigen Zustandes. Die Straftat dauert also solange an, wie der rechtswidrige Zustand dauert. Daher wird eine solche Straftat meist nie begnadigt, jedenfalls dann nicht, wenn alle Straftaten, begangen vor einem bestimmten Zeitpunkt, begnadigt werden.

Da § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB Dauerdelikt ist, so ist der Ungehorsam gegen die Aufforderung als einheitliche Straftat anzusehen. Zur Bestrafung nach dem im Straffreiheitsgesetz genannten Stichtag ist nicht notwendig, daß alle Tatbestandsmerkmale nach diesem Stichtage erneut erfüllt sind, insbesondere daß auch nach dem Stichtage eine Aufforderung an ihn ergangen ist, weil die Aufforderung, die vorher an ihn ergangen ist, unter das Straffreiheitsgesetz falle. Vielmehr ist die „zusammenhängende Einheit des ganzen Geschehens auch rechtlich als ein einheitliches Ganzes zu beurteilen. Das Delikt kann nicht in einzelne Teile zerletzt werden“ [12]).

3. Abschnitt.

Sind neben § 361 Abs. 1 Ziff. 5 u. 10 noch landesrechtliche Bestimmungen strafrechtlicher Natur vorhanden und gültig, die die Erfüllung der Unterhaltspflicht schützen?

Rechtlich sehr interessant ist die Frage, inwieweit die Landesgesetzgebung noch neben § 361 Abs. 1 Ziff. 5 und 10 StGB, die reichsrechtliche Vorschriften sind, den Unterhaltsanspruch strafrechtlich schützen können dadurch, daß sie selbst strafrechtliche Bestimmungen erlassen. Diese Frage ist heute nicht mehr praktisch [1]), da die Länder kein Gesetzgebungsrecht mehr haben. Es hat aber in den Jahren von 1871 bis 1934 eine große Rolle gespielt, besonders im Hinblick auf § 2 Abs. 1 des Einf.Ges. zum StGB.

Dort war nämlich bestimmt, daß das Landesstrafrecht mit dem Tage des Inkrafttretens des Strafgesetzbuches insoweit außer Kraft trete, als es „Materien betrifft, die Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuchs sind“.

Dazu kommt, daß sowohl nach früherer (Bismarck'scher) [2]) wie auch nach Weimarer [3]) Verfassung die Strafgesetzgebung Sache des

12) OLG Naumburg v. 16. Jan. 1935 im Rdbrf. ADB XI (1935/36), S. 46 und OLG Kgsbg. vom 17. Juni 1935 in Rdbrf. ADB XI (1935/6), Sp. 328.

1) Ges. vom 30. Jan. 1934 über den Neuaufbau des Reiches, Art. 2, Abs. 1 und 1. Durchf. VO vom 2. Febr. 1934, §§ 1 und 3 Abs. 1.

2) Art. 2, Art. 4 Ziff. 13 Bismarcksche Verf.

3) Art. 7, Ziff. 2 der RV v. 11. Aug. 1919.

Reiches ist. Andererseits ist die Strafgesetzgebung nicht ausschließlich[4]) Sache des Reiches, so daß zwei völlig getrennte Fragen entstehen:

1) Sind die landesrechtlichen Strafbestimmungen, die den Unterhaltsanspruch strafrechtlich schützen, und vor Inkrafttreten des RStGB bestanden haben, noch gültig mit Rücksicht auf § 2 Einf.Ges. zum StGB?

2) Hätte ein Land in der Zeit von 1871 (Inkrafttreten des RStGB) bis 1934 ein gültiges Gesetz erlassen können, das den Unterhaltsanspruch unter anderen Voraussetzungen strafrechtlich schützt, als dies die Ziffern 5 und 10 des § 361 StGB tun?

Für die Frage, ob die alten Strafbestimmungen der Länder betr. den Schutz des Unterhaltsanspruches noch nach 1871 in Kraft geblieben sind, kommt es darauf an, ob ess ich hier um eine „Materie" handelt, die „Gegenstand des StGB" ist.

Was darunter zu verstehen ist, darüber herrscht Streit. Im allgemeinen versteht man unter Materie mehr als einen Deliktstatbestand. Die „Materie" umfaßt „mehrere Strafbestimmungen, die in Bezug auf das geschützte Rechtsgut in einem Zusammenhang stehen"[5]). Das Reichsgericht nimmt nicht einmal an, daß die einzelnen Abschnitte des besonderen Teiles des RStGB in diesem Sinne unter allen Umständen „Materien" sind. Für den 25. Abschnitt des StGB, betitelt „strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" nimmt es z. B. an, daß hier nicht eine einheitliche in begrifflichem Zusammenhang stehende Materie geregelt sei, sondern daß das Strafgesetzbuch hier in diesem Abschnitt nur den Rahmen, die Natur der mit Strafe bedrohten Delikte herausstellt.

Dasselbe gilt auch für den 29. Abschnitt, die Übertretungen. Dieser Abschnitt ist überhaupt keine Materie, die Gegenstand des StGB ist. D ie Übertretungen sind zwar zu einem Abschnitt zusammengefaßt, bilden aber unter sich nur einen ganz losen Zusammenhang, und es ist mehr aus äußerlichen Rücksichten geschehen[6]), weil das Strafmaß und die Art der Übertretung bei allen ähnlichen Charakter hat.

Das RG[5]) hat mit Recht angenommen, daß der Abschnitt „Übertretungen" als solcher keine Materie bildet.

Es fragt sich aber, ob nicht jede einzelne Übertretung eine Materie ist, die Gegenstand des StGB ist. Das RG meint[5]), die Vorschriften des 29. Abschnittes seien „im einzelnen" als Materie anzusehen, oder jedenfalls sei diese oder jene Materie im 29. Abschnitt

4) Art. 6, Art. 7 Weimarer Verf. vom 11. 8. 1919.
5) RG v. 27. 3. 1884 in RGSt. Bd. X, S. 223 ff.
6) Sten. Ber. über die Verh. d. RT I. Leg. Per. Sess. 1870, Bd. II, (Stzg. am 8. 4. 1870) S. 759 (Abg. v. Zehmen) und Seite 760, Sp. 2 (Abg. Dr. Friedberg).

geregelt. Man könnte z. B. annehmen, daß „der Bettel" und „die Landstreicherei" oder „Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen" (§ 366) als Materie unter den Übertretungen im StGB behandelt sei.

Das kann jedoch hier für den Schutz des Unterhaltsanspruchs nicht angenommen werden. Der Unterhaltsanspruch ist nicht als Materie im StGB behandelt. Das ergibt sich aus folgendem:

Schützt ein Landesgesetz ein auch im StGB geschütztes Rechtsgut oder Interesse, so ist es nur aufgehoben, wenn die Materie Gegenstand des StGB ist, das heißt, wenn das StGB den Schutz vollständig übernimmt. Je mehr verschiedenartige Angriffe auf dieses Rechtsgut oder Interesse mit Strafe bedroht werden, desto eher muß man annehmen, daß das RStGB den Schutz dieses Rechtsgutes allein übernommen hat, z. B. im 13. Abschnitt die Sittlichkeit[7]). Deshalb ist jedoch ein Landesgesetz gültig[8]), das das Konkubinat unter Strafe stellt, zwar nicht deshalb, weil es gegen die Sittlichkeit verstößt, deren Schutz das RStGB übernommen hat, sondern, weil es gegen die öffentlchie Ordnung verstoße.

Selbst, wenn man also annehmen würde, daß das StGB den Schutz der öffentlichen Armenmittel übernommen hat, indem es Angriffe auf diese und mißbräuchliche Inanspruchnahme derselben unter Strafe stellt, so sind landesgesetzliche Strafvorschriften doch in den Grenzen möglich, die den Unterhaltsanspruch und die Familie schützen. Denn auch die „Familie" oder gar die geschiedenen Ehegatten, unehelichen Kinder sowie alle die Personen, die zwar unterhaltsberechtigt sind, aber nicht zur Familie gehören, schützt das StGB nicht. Man muß also unterscheiden:

1) die Übertretungen als solche in ihrer Gesamtheit sind nicht Materien des Strafgesetzbuches. Daraus ergibt sich, daß die Länder weitere Tatbestände der Übertretungen erlassen können, und, soweit sie vor 1871 solche erlassen haben, diese gültig geblieben sind.

2) Auch der Inhalt der einzelnen Übertretung, in unserem Falle also Schutz des Unterhaltsanspruchs, Schutz der Familie, Schutz der öffentlichen Armenmittel vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme ist keine „Materie" des StGB.

Denn diese beiden Tatbestände regeln die Materie nicht erschöpfend. Vielmehr kann die mißbräuchliche Inanspruchnahme öffentlicher Armenmittel auch auf andere Weise geschehen, z. B. wenn jemand, der gar nicht unterstützungsbedürftig ist, für sich öffentliche Mittel in Anspruch nimmt und dadurch evtl. den Tatbestand des § 263 StGB erfüllt. Auch in Spezialgesetzen werden die öffentlichen Armenmittel vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme geschützt. Alle verschiedenartigen Angriffe sind im RStGB nicht mit Strafe

7) 13. Abschnitt §§ 171—184 b.
8) RGSt. Bd. 33, S. 237 u. a.

bedroht, deshalb kann man nicht annehmen, daß das StGB den Schutz der öffentlichen Armenmittel vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme allein übernimmt.

Eine Materie „Schutz der Familie" oder „Schutz des Unterhaltsanspruchs" kennt unser StGB ebenfalls nicht. Vielmehr ist in diesen Übertretungsvorschriften die Erfüllung des Unterhaltsanspruches nur indirekt geschützt, nämlich als notwendige Folge davon, daß durch Erfüllung des Unterhaltsanspruches weniger öffentliche Armenmittel mißbraucht werden.

Deshalb muß auch der Art. 81 des Bay. Pol.StGB vom 26. Dez. 1871 sowie der § 98 des Bad. Pol.StGB [9]) als gültig angesehen werden. Beide Gesetzesbestimmungen, die nach Erlaß des RStGB gültig geblieben sind, lassen landesrechtlich dem Unterhaltungsanspruch strafrechtlichen Schutz angedeihen.

III. TEIL.

DIE REFORMVORSCHLÄGE ZU DEN GELTENDEN STRAFBESTIMMUNGEN, DIE DEN UNTERHALTSANSPRUCH STRAFRECHTLICH SCHÜTZEN.

Im III. Teil sollen noch kurz unsere Strafbestimmungen dargestellt werden, wie sie in den bisherigen Entwürfen festgelegt sind.

Schon bald nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches sowie nach Inkraftreten der Vorschrift des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 waren Bestrebungen für eine Reform des Strafrechts im Gange. Obwohl die Reform des Strafgesetzbuches sowie unserer Vorschriften lebhaft gefordert wurde, so blieb es doch im großen und ganzen bis heute bei dem Rechtszustand, der durch das Inkrafttreten des StGB im Jahre 1871 geschaffen wurde.

Da die gesamten bis 1933 erschienenen Entwürfe wenig Aussicht haben, je geltendes Recht zu werden, so soll im folgenden nur dargestellt werden, wie die einzelnen Entwürfe die Erfüllung des Unterhaltsanspruches schützen und welche Veränderung sie gegenüber dem geltenden Recht aufweisen.

I. Der Vorentwurf.

Im Entwurf von 1909 [1]) kehrt unsere Vorschrift des § 361 Abs. 1, Ziff. 10 als § 306, Ziff. 1 wieder. § 361 Abs. 1 Ziff. 5 StGB ist nicht mit aufgenommen. § 306 Ziff. 1 VE ist im 5. Buch — Über-

9) Vgl. S. 6 d. Arb. für § 98 Bad. Pol. StGB. und S. 5 d. Arb. für Art. 81 des Bay. Pol. StGB. Nach d. amtl. Zusammenstellung d. in Geltung bleibenden Bestimmungen d. Bad. Pol. StGB v. 27. 12. 1871 blieb § 98 auch nach Einf. d. RStGB in Kraft.

1) Sogen. „Vorentwurf" (VE).

tretungen — untergebracht und bestraft mit Geldstrafe bis 300,— RM oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten, wer sich der ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht, zu deren Erfüllung er imstande ist, derart entzieht, daß der Unterhaltsberechtigte durch Vermittlung der Behörde aus fremden Mitteln unterstützt werden muß.

Die Änderungen im geltenden StGB sind zahlreich, zunächst bedeutsam die Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten. Trotzdem blieb die Strafvorschrift Übertretung. „Die ihm gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht" — ist der Fassung im geltenden Recht, wo die Frage entstehen konnte, welche Unterhaltspflicht unter die Strafbestimmung fällt, vorzuziehen.

Die Worte „imstand sein" bedeuten gegenüber „in der Lage sein" keine wesentliche Änderung. „Fremde Hilfe" ist ersetzt durch „fremde Mittel", ohne daß dadurch die Streitfrage, die sich um das Wort „fremd" gebildet hatte, entschieden ist. Wohl aber ist dadurch klargestellt, daß nur die materielle Hilfe unter diese Bestimmung fallen soll, während neuestens[2]) das LG Liegnitz auch Hilfe anderer Art als unter die Gesetzesbestimmung fallend angenommen hatte.

Der wohl wesentlichste Fortschritt — außer Gefängnisstrafe — ist, daß die Aufforderung der zuständigen Behörde als Tatbestandsmerkmal weggefallen ist. Viele Angeklagte, die sonst alle übrigen Tatbestandsmerkmale des § 361 Abs. 1, Ziff. 10 RStGB erfüllt hatten, konnten bisher der wohlverdienten Strafe oft entrinnen, weil die Behörde, die sie aufgefordert hatte, nicht die „zuständige" Behörde war. Es war zwar ein Schutz des Angeklagten, wenn er, ehe er bestraft wurde, vorher aufgefordert wurde, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen. Ob man ohnedem auskommen wird, ohne daß die Angeklagten sich auf einen — dem bürgerlichen Recht angehörenden und damit Vorsatz und Strafbarkeit ausschließenden — Irrtum im Sinne des § 59 RStGB über ihre Unterhaltspflicht berufen, wäre in der Praxis zu erproben. Jedenfalls war ihnen die Verteidigung im geltenden Recht wohl immer abgeschnitten, da die Aufforderung sie ja belehrte.

Ferner ist zu begrüßen, daß der VE nur von „Unterhalt" spricht und das — oft mißverstandene — Wort „Ernährung" vermeidet. Im geltenden Recht war dieser Mangel nur dadurch begründet, daß das RStGB und auch die Vorschrift des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 in Kraft trat, als das bürgerliche Recht noch landesrechtlich geregelt war.

Auch im Vorentwurf ist Vorsatz als Schuldform beibehalten worden .

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß § 310 Abs. 1 VE ein Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen vorsieht.

---

2) Vgl. S. 49 d. Arb. (Anm. 20 a.a.O.).
3) Nach Kenntnis der Aufforderung.

Ferner sei darauf hingewiesen, daß § 310 Abs. 2 des VE im Falle der Verurteilung aus § 306 Nr. 1 VE eine Unterbringung des Verurteilten in einem Arbeitshaus gemäß § 42 VE vorsieht.

Was zunächst die Systematik anlangt, so steht diese Vorschrift im Allgemeinen Teil im II. Abschnitt, der überschrieben ist „Strafen. Sichernde Maßnahmen". Danach ist die Unterbringung wie folgt geregelt: „Ist eine strafbare Handlung auf Liederlichkeit oder Arbeitsscheu zurückzuführen, und ist für sie eine mindestens vierwöchige Gefängnis- oder Haftstrafe verbürgt, so kann in den im Gesetz bestimmten Fällen das Gericht neben der Strafe oder wenn die Strafe drei Monate nicht übersteigt, an ihrer Stelle auf Unterbringung des arbeitsfähigen Verurteilten in ein Arbeitshaus auf die Dauer von sechs Monaten bis zu drei Jahren erkennen, falls diese Maßregel erforderlich scheint, um den Verurteilten wieder an ein gesetzmäßiges und arbeitsames Leben zu gewöhnen".

Für unsere Frage läßt sich nicht mit Sicherheit entnehmen, ob der Entwurf die Unterbringung im Arbeitshaus als Strafe ansieht. Das Arbeitshaus „kann" danach Strafe sein, wenn es „anstelle" der Strafe erkannt wird; es ist sichernde Maßnahme, wenn auch die Unterbringung in einem Arbeitshus „neben der Strafe" erkannt wird. Eine klare Scheidung läßt der Vorentwurf noch vermissen.

II. Der Gegenentwurf.

Gegen diesen Vorentwurf wurde von hervorragenden Strafrechtlern[4]) ein sogen. „Gegenentwurf" gebracht, der für unsere Strafvorschrift sehr bedeutsam ist. Während § 361 Abs. 1 Ziff. 5 RStGB auch in diesem Entwurf nicht übernommen wurde, fand die Strafbestimmung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 RStGB einen Platz unter den Vergehen im 14. Abschnitt, der betitelt ist: „Verletzung des Personenstandes, der Ehe und der Familie". Als § 233 lautet er dort so: „Wer die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur Erziehung und zum Unterhalt eines anderen derart verletzt, daß der ... zu Unterhaltende in eine Notlage gerät oder aus fremden Mitteln unterstützt werden muß, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft."

Die Strafe ist also noch erhöht auf sechs Monate Gefängnis. Der Unterschied zu der des geltenden Strafgesetzbuches fällt deutlich in die Augen. Überhaupt ist die Stellung der Strafvorschrift in die Reihe der Vergehen sehr zu begrüßen.

Wichtig ist auch, daß der Gegenentwurf keine Zweifel darüber läßt, daß lediglich die Familie und nicht die öffentlichen Armenmittel — und dadurch erst indirekt der Unterhaltsanspruch — Gegenstand des Strafschutzes ist. Damit ist zunächst erreicht, daß auch diejenigen Unterhaltsberechtigten strafrechtlich geschützt werden, die

4) Kahl, Lilienthal, v. Liszt, Goldschmidt.

bisher aus Bescheidenheit oder, um Zwistigkeiten in der Familie zu vermeiden, nicht die Vermittlung der Behörde in Anspruch genommen hatten und dadurch eine Bestrafung des Verletzers der Unterhaltspflicht unmöglich machten. Hier zeigt sich deutlich, daß der Gegenentwurf den strafbaren Schutz der Erfüllung der Unterhaltspflicht im Auge hat ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte die Allgemeinheit belastet oder nicht. Diese Erwägung scheint auch richtig; denn die Verletzung ist dieselbe, ob der Berechtigte die Behörde um Vermittlung angeht oder ob er dies aus mancherlei Gründen unterläßt.

Wie im VE so ist auch hier das Tatbestandsmerkmal der Aufforderung durch die zuständige Behörde fallen gelassen.

Der betonte Schutz der Familie und Schutz des Unterhaltsanspruches, auch ohne daß die Behörde eingreifen muß, ist im wesentlichen der Einfluß, den die Dresdener Tagung des deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit im September 1911 ausgeübt hat[5]).

Zum ersten Male fehlt in diesem Entwurf das Tatbestandsmerkmal, daß der Unterhaltspflichtige zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht imstande oder in der Lage sein muß.

Man könnte vielleicht annehmen, daß nunmehr auch ohne Rücksicht darauf, ob der Verletzer zur Unterhaltsleistung in der Lage ist oder nicht, eine Verurteilung wegen Unterhaltspflichtverletzung erfolgt. Diese Ansicht wäre indes unrichtig. Nur wer die „ihm gesetzlich obliegende" Unterhaltspflicht verletzt, setzt sich strafrechtlicher Verfolgung aus. Wer aber nicht in der Lage ist, Unterhalt zu gewähren, is dazu gesetzlich[6]) in der Regel auch nicht verpflichtet. — Die Anwendung der neuen Strafbestimmung würde dadurch erweitert auf die Fälle, in denen jemand gesetzlich verpflichtet ist ohne Rücksicht auf eigene Leistungsfähigkeit[6]), während nach geltendem Recht z. B. ein unehelicher Vater bei Verletzung seiner Pflicht, die bürgerlich-rechtlich ohne Rücksicht auf Leistungsfähigkeit besteht, strafrechtlich nur belangt werden kann, wenn er zum Unterhalt in der Lage war. Dasselbe gilt im Falle der Eltern eines minderjährigen unverheirateten Kindes, deren Unterhaltspflichtverletzungen nach geltendem Recht nicht immer unter die Strafbestimmung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 fallen, sondern nur dann, wenn sie zur Unterhaltsleistung auch in der Lage waren. Diese Einschränkung läßt der Gegenentwurf fallen.

So erfreuliche Fortschritte der Gegenentwurf in seinen Bestrebungen gebracht hat, so zweifelhaft ist es auch, ob er den Kreis der Unterhaltssäumigen weit genug gezogen hat. Die Überschrift „Ver-

---

5) Bericht über die 31. Jahresversammlung des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit in Schriften des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit, Heft 96 (1912) und in Heft 95, S. 75—93 (Referat von Friedeberg).

6) § 1603 Abs. 1 BGB; vgl. aber als Ausnahmen z. B. § 1603 Abs. 2 und § 1708 Abs. 1 BGB — Gegenschluß aus § 1708, Abs. 2 S. 2 BGB —.

letzung der .... Familie" läßt auch der Auslegung Raum, daß der uneheliche Vater, der wohl in der Praxis häufigste Delinquent dieser Strafvorschrift, nicht mit unter diese Vorschrift fällt. Denn weder bildet er mit seinem unehelichen Kinde eine „Familie", die er durch diese Unterhaltspflichtverletzung im Sinne dieser Vorschrift „verletzt" [7]), noch steht ihm ein Erziehungsrecht an dem Kinde zu, was die Anwendung dieser Strafvorschrift erfordert.

Daß der Gegenentwurf hier nicht klar ist, ist ein sehr bedauerlicher Mangel. Denn es darf nicht vergessen werden, daß damals [8]) gerade das Kammergericht, der höchste preußische Gerichtshof, auf dem Standpunkt stand, daß der uneheliche Vater bei Verletzung seiner Unterhaltshaltspflicht nicht unter die Strafbestimmung des § 361 Abs. 1 Ziff. 10 RStGB falle [9]), da seine Unterhaltspflicht nicht eine sei, die auf familienrechtlicher Basis beruhe. Es hat den Anschein, als habe sich der Gegenentwurf von dieser Ansicht leiten lassen.

Dem Wortlaut nach wird als Schuld Fahrlässigkeit genügen, denn das Wort „verletzt" zwingt keineswegs zu der Annahme, daß nur eine vorsätzliche Verletzung gemeint sei.

III. Kommissionsentwurf.

Der von der Strafrechtskommission 1913 herausgebrachte Entwurf [10])behielt zunächst den einen Vorteil der beiden vorhergegangenen Entwürfe bei, er erhöhte das Strafmaß im Verhältnis zum geltenden Recht und machte, dem Gegenentwurf hierin folgend, unsere Strafvorschrift zum Vergehen.

Als solche ist sie im 22. Abschnitt, der überschrieben ist „Trunkenheit, Verletzung der Unterhaltspflicht, Landstreicherei, Bettel", und dessen § 339 lautet: „Wer sich böswillig seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht dadurch entzieht, daß der Unterhaltsberechtigte in Not gerät oder aus fremden Mitteln unterstützt werden muß, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft", niedergelegt.

Der KomEntw. hat vom Gegenentwurf beibehalten, daß der Unterhaltspflichtige schon dann bestraft werden kann, wenn der Berechtigte in Not gerät, ohne daß er die Vermittlung der Behörde oder gar öffentliche Mittel in Anspruch nimmt.

Bemerkenswert ist, daß der KomEntw. — entgegen dem Gegenentwurf — wieder dazu zurückgekehrt ist, als Schuldform vorsätzliches Handeln zu verlangen. Darüber hinaus verlangt er „böswilliges" Handeln. Böswillig ist weitergehend als das im geltenden Recht bestehende Tatbestandsmerkmal „in der Lage sein". Böswillig

---

7) Vgl. Überschrift des 14. Abschn. des Gegenentwurfs.
8) Zur Zeit der Schaffung des Gegenentwurfs (1911).
9) In Goltd. Arch. Bd. 52 S. 96 und Bd. 55, S. 238. Vgl. S. 18 ff. d. Arb.
10) Sogenannter Kommissionsentwurf (KomEntw.).

zielt ab auf die Gesinnung und das der Tat zugrunde liegende Motiv.

Die gesetzliche Unterhaltspflicht ist gleichbedeutend mit der „ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht", das dort Gesagte gilt auch hier.

Das Tatbestandsmerkmal „in der Lage sein" scheint hier zu fehlen. Vergleiche jedoch dazu die Ausführungen beim Gegenentwurf, wo darauf hingewiesen wurde, daß für denjenigen, der nicht in der Lage sei, in der Regel auch keine „ihm gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht" bestehe.

Wie in allen bisherigen Entwürfen, ist auch hier das Tatbestandsmerkmal der Aufforderung durch die zuständige Behörde weggefallen. Über die Auswirkungen dieser Änderung vgl. die Ausführungen beim Vorentwurf[11]).

§ 361 Abs. 1 Ziff. 5 StGB ist, wie bisher, auch in diesen Entwurf nicht aufgenommen worden. Der Vollständigkeit halber sei auch hier erwähnt, daß der KomEntw. — wie das geltende Recht und der Vorentwurf im Gegensatz zum Gegenentwurf — im Falle des § 339 KomEntw. neben Gefängnisstrafe oder Haftstrafe von mindestens zwei Wochen gem. §§ 342, 102 Abs. 1 KomEntw. auf Unterbringung in einem Arbeitshaus erkannt werden kann.

Für unsere Frage ist folgendes von Bedeutung: § 102 KomEntw. hat seinen Platz im 10. Abschn., der überschrieben ist „Maßregeln der Sicherung und Besserung", während der 7. Abschnitt „Strafen" überschrieben ist. Hieraus aber mit Sicherheit schließen zu wollen, daß eine Gegenüberstellung und Trennung von beiden beabsichtigt sei, wäre verkehrt. So bilden in diesem Entwurf die „Nebenstrafen" einen 9. Abschnitt, die doch zweifellos Strafen sind. Deshalb wird man daraus allein, daß „Strafen" und „Maßregeln der Sicherung und Besserung" je einen besonderen Abschnitt bilden, noch keineswegs auf ihre begriffliche Verschiedenheit schließen dürfen.

Das erhellt auch aus dem Text des Entwurfs, besonders aus § 102 Abs. 3, nach dem anstelle der Gefängnis- oder Haftstrafe von nicht mehr als drei Monaten die Unterbringung in einem Arbeitshaus treten kann. Danach ist klar, daß die Unterbringung in einem Arbeitshaus in diesem Entwurf — wie im VE — Strafe sein kann. Allerdings spricht der Text der KomEntw. in Abs. 2 nur von „Anordnungen", die das Gericht trifft.

IV. Entwurf von 1919.

Der Entwurf von 1919 bringt unsere Strafvorschrift — § 361 Abs. 1 Ziff. 5 ist auch in diesem Entwurf nicht mit übernommen worden — als Vergehen im 17. Abschnitt unter „gemeinschädliches Verhalten". Als § 275 ist der § 339 des Entwurfs von 1913

11) Vgl. S. 119 der Arb.

unverändert übernommen worden. Allerdings findet sich in diesem Entwurf eine den §§ 341 und 102 des Entwurfs von 1913 entsprechende Vorschrift über die Unterbringung in einem Arbeitshaus nicht.

V. Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1925.

Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925, der ein gemeinsames Strafgesetzbuch mit Österreich vorsah, brachte unsere Strafvorschrift als Vergehen im 23. Abschnitt, der überschrieben ist „Verbrechen und Vergehen gegen Ehe und Familie", und dessen § 282 so lautet:

„Abs. 1: Wer sich böswillig einer gesetzlichen Unterhaltspflicht derart entzieht, daß der notwendige Unterhalt des Berechtigten ohne öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer gefährdet wäre, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bestraft.

Abs. 2: Hat die Tat den Selbstmord oder die Tötung des Unterhaltsberechtigten oder die Tötung eines Kindes, für das der Unterhaltsberechtigte zu sorgen hatte oder den Versuch einer solchen Handlung zur Folge, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter drei Monaten."

a) Der Absatz 1 bringt insofern eine Neuerung gegenüber allen bisherigen Entwürfen, als das Sich-entziehen lediglich zur Folge haben muß, daß der „notwendige Unterhalt gefährdet" ist.

Zunächst genügt also die Gefährdung des Unterhalts. Bedeutsam ist ferner die Änderung, daß Strafe nur eintritt, wenn der „notwendige" Unterhalt gefährdet ist. Diese Regelung wird den meisten Fällen zwar grecht werden, da eine Unterhaltspflicht in der Regel nur dann vorzuliegen pflegt, wenn der Berechtigte auch bedürftig ist[12]). Die Fälle aber, in denen der Unterhaltsberechtigte ohne Rücksicht auf sein Vermögen unterhaltsberechtigt ist[13]), scheint das Gesetz mit seiner Strafandrohung nicht mit zu erfassen. Denn der Unterhaltsverpflichtete würde in diesem Falle nicht den notwendigen Unterhalt durch seine Nichtleistung gefährden, den das vermögende Kind des § 1603 Abs. 2 BGB und das vermögende uneheliche Kind von anderer Seite erhält.

Wollte das Gesetz nur die Entziehungen als strafbar ansehen, die unmittelbar zur Not des Unterhaltsberechtigten führen? Wollte

---

12) Vgl. Anm. 6, S. 121 d. Arb.

13) Z. B. § 1602 Abs. 3 BGB — ein minderjähriges unverheiratetes Kind, wenn es selbst Vermögen hat — sowie § 1708 Abs. 1 BGB — ein uneheliches Kind, das ohne Rücksicht auf sein Vermögen, ohne Rücksicht auf Bedürftigkeit und ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Unterhaltsgewährung durch einen Dritten einen Unterhaltsanspruch gegen den unehelichen Vater hat. —

der Gesetzgeber die unehelichen Väter und Eltern, die vermögende oder sonst versorgte Kinder haben, bei Verletzung ihrer Unterhaltspflicht anders behandeln als die Unterhaltspflichtigen, bei denen die Unterhaltsberechtigten auf den Unterhalt angewiesen sind? Jedenfalls ist nur die Gefährdung des notwendigen Unterhalts strafbar.

Aber auch aus einer anderen Erwägung erscheint es sehr zweifelhaft, ob uneheliche Väter überhaupt unter diese Vorschrift fallen können. Der Gesetzgeber hat zu dieser Streitfrage in der Gesetzesbestimmung selbst keine Stellung genommen, aber aus der Überschrift „Vergehen gegen Ehe und Familie" wäre aus der an entsprechender Stelle des Vorentwurfs dargelegten Gründen zu schließen, daß auf den unehelichen Vater, der mit dem ihm gegenüber unterhaltsberechtigten unehelichen Kind keine „Familie" bildet, Strafvorschriften keine Anwendung finden, die sich gegen die „Vergehen gegen die Familie" richten.

Zum ersten Male findet sich im Entwurf die Klärung der Streitfrage um das Wort „fremde" Hilfe. Diese gesetzliche Regelung, die den Ergebnissen der Rechtsprechung entspricht[14]), ist sehr begrüßenswert. Danach ist unter der Hilfe anderer auch die Hilfe derer zu verstehen, die erst in zweiter Linie unterhaltspflichtig sind.

Über das Wort „böswillig" vgl. die Ausführungen zum Kom.-Entw. 1913, ebenso die Ausführungen über die „Unterhaltspflicht".

Bemerkenswert ist die mit jedem Entwurf immer zunehmende Strafandrohung. Unser Entwurf sieht sogar Gefängnisstrafe bis zu einem Jahre vor.

b) Eine besondere Bedeutung kommt dem Absatz 2 unserer Strafvorschrift (§ 282 d. Entw. zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch) zu. Eine Vorschrift dieser Art treffen wir hier unter den Entwürfen zum ersten Male an. Danach wird der Verletzer der Unterhaltspflicht dann besonders schwer bestraft (Gefängnis nicht unter drei Monaten), wenn seine Pflichtverletzung einen Selbstmord oder die Tötung des Unterhaltsberechtigten oder die Tötung eines Kindes, für das der Unterhaltsberechtigte zu sorgen hatte oder einen Versuch einer solchen Handlung zur Folge hatte.

Dieser Absatz umfaßt und trifft die Fälle, in denen infolge der Not, die durch Nichtleistung des Unterhalts durch den Verpflichteten entstanden ist, der Unterhaltsberechtigte nicht aus noch ein weiß, sich selbst tötet und soweit er Kinder hat, auch diese mit in den Tod nimmt. Derartige Fälle sind in der Praxis durchaus nicht selten und machen eine strengere Bestrafung des Verpflichteten notwendig.

Rechtlich interessant an dieser Bestimmung ist die sog. Erfolgshaftung (§ 15), die der Entwurf ausdrücklich vorsieht, die unserem

14) Vgl. S. 45 ff. d. Arb.

geltenden Recht aber im Prinzip fremd ist, und nur in den sogen. Erfolgsqualifizierten Delikten[15]) als eine Ausnahme besteht. Am Tatbestand unseres Entwurfsparagraphen aber ist besonders interessant, daß hier die Erfolgsqualifikation nach einer Unterlassung eintritt.

Ob der Versuch ein strafbarer Versuch sein muß, oder ob auch ein nach § 46 RStGB strafloser Versuch genügt, um diesen Absatz 2 anwenden zu können, ist aus dem Entwurf nicht zu entnehmen, und soll auch, da es über den Rahmen der Arbeit hinausgeht, nicht untersucht werden.

VI. Entwurf (RT-Vorlage).

a) Dieser Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB, wie wir ihn 1925 vollendet sehen, wurde dem RT vorgelegt, der damals in der III. Wahlperiode (1924/1927) zusammengetreten war. An unserer Vorschrift hat diese Vorlage[16]) nichts geändert. Wie der Entwurf, so hat auch RT-Vorlage den 23. Abschnitt betitelt „Verbrechen und Vergehen gegen Ehe und Familie", dessen § 314 unverändert so lautet wie § 282 des Entwurfs von 1925; entsprechend ist die im Abs. 2 niedergelegte „Erfolgshaftung" in die RT-Vorlage — wörtlich den § 15 des Entwurfs von 1925 gleichend — als § 21 übernommen worden.

b) Der Reichstag wurde 1928, ehe die Vorlage Gesetz wurde, aufgelöst und neu gewählt. Der 21. (Strafrechts-) Ausschuß des RT (IV. Wahlperiode 1928) befaßte sich in seiner 94. Sitzung mit unserer Strafvorschrift. In Übereinstimmung mit den Beschlüssen der Deutschen und Österreichischen Strafrechtskonferenzen beschloß der 21. Ausschuß die grundsätzliche Beibehaltung dieser Strafvorschrift in demselben, auch gleich betitelten Abschnitt und als § 314 nur mit der Änderung, daß § 314 im Absatz 1 beginnt: „Wer sich wissentlich und gewissenlos einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht ..."

c) Ehe der RT über die Vorlage beschließen konnte, und sie zum gültigen Gesetz machen konnte, verfiel auch er der Auflösung, und in V. Wahlperiode kam 1930 ein neuer RT zustande. Dieser RT hat aber keine neuen Vorschläge zu unserer Strafvorschrift gemacht, sondern es ist bei der Fassung geblieben, die § 314 nach dem Beschluß des 21. (Strafrechts-) Ausschusses des RT, IV. Wahlperiode 1928/1930 in Übereinstimmung mit den Deutschen und Österreichischen Strafrechtskonferenzen erhielt.

Auch in den späteren Reichstagen sind Änderungen nicht eingetreten, der Entwurf aber auch nicht Gesetz geworden.

---

15) Z. B. §§ 178, 226 RStGB.

VII. Denkschrift des Preuß. Justizministers 1937.

Eine neue Anregung erfuhr die Reform des Strafrechts durch die nationalsozialistische Revolution von 1933. Schon ehe von verschiedenen Stellen Kommissionen eingesetzt waren, um ein nationalsozialistisches Strafrecht zu schaffen, veröffentlichte der Preußische Justizminister eine Denkschrift, die über unsere Vorschrift folgendes enthält[16]):

„Eltern, Erziehungs- und Fürsorgepflichtige sind zu bestrafen, wenn sie

b) sich gegenüber solchen Kindern böswillig der gesetzlichen Unterhaltspflicht soweit entziehen, daß für das Kind öffentliche oder fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß, um es vor Not zu bewahren,

e) auf andere Weise ihre Erziehungspflichten so schwer verletzen, daß erhebliche körperliche, seelische oder geistige Dauerschäden bei den Kindern eintreten können.

Außerdem findet sich in der Denkschrift[17]) eine Strafvorschrift, wonach strafwürdig ist, wer eine gesetzliche Unterhaltspflicht böswillig verletzt, so daß der Berechtigte öffentliche oder fremde Hilfe in Anspruch nehmen muß, um nicht Not zu leiden.

Ferner die Bestimmung[18]), daß Eheleute strafbar sind, wenn sie ohne Zustimmung des anderen Ehegatten die vorhandene, für die Familie lebensnotwendige fahrende Habe oder die vorhandene lebensnotwendige Scholle ohne Not veräußern oder sonstwie dem Familiengebrauch aus Eigensucht dauernd entziehen.

Es ist ausdrücklich abgelehnt, eine allgemeine Hilfeleistungspflicht in Notfällen über die gesetzliche Unterhaltspflicht hinaus strafrechtich zu sichern. Es hat sein Bewenden bei dem verstärkten Strafschutz für Unterhaltspflichtverletzungen im Familienverbande, wonach, da der Vorschlag von „gesetzlicher Unterhaltspflicht" spricht, auch der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes strafrechtlich geschützt ist.

Eine Besonderheit ist nicht festzustellen; wie auch in anderen Entwürfen ist das geschützte Rechtsgut nicht die öffentlichen Armenmittel und dadurch indirekt erst der Unterhaltsanspruch, sondern der Schutz der Familie wird im III. Abschnitt bezweckt.

VIII. Gürtnerscher Entwurf.

Auch die amtliche Strafrechtskommission, die 1934 einen Entwurf des Allgemeinen Teils veröffentlichte, hat diesem einen

16) Im III. Abschnitt (Schutz der Familie) im 3. Kap. (Angriffe auf das Kind) im 3. Titel (Verletzung der Muntschaft. Erzieheruntreue) S. 66/67.

17) Im III. Abschn. (Schutz der Familie) im 4. Kap. (Angriffe auf die Familie) im 3. Titel (Familientreubruch) S. 68.

18) Im 4. Titel (Schutz der Familienhabe), des Familienbanngutes), S. 68/69.

19) Ergebnisse nach der 1. Lesung.

Entwurf des Besonderen Teils des StGB 1935 folgen lassen (sogen. Gürtnerscher Entwurf)[19]). Dieser enthält in dem Abschnitt „Angriffe auf Ehe und Familie" folgenden § g (S. 114).

„Wer sich böswillig oder aus grobem Eigennutz einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, so daß der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten ohne öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer gefährdet ist, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft".

Mehrere Änderungen gegenüber dem geltenden Recht sind uns schon aus anderen Entwürfen[20]) bekannt. So mag hier nur auf die ständig zunehmende Strafhöhe hingewiesen werden, die in dieser Vorschrift (bis zu zwei Jahren Gefängnis) ihren Höhepunkt erreicht. Weiter mag die Entziehung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht erwähnt sein, eine Formulierung, die bisher in allen Entwürfen zu finden war. Ferner sei der aus dem Entwurf von 1925 entstammende Wortlaut „öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer", sowie die Tatsache erwähnt, daß die „Gefährdung" (wie im Entwurf 1925) des notwendigen Lebensbedarfs zur Strafbarkeit genügt. Deshalb sei auf die Besprechung des Entwurfs von 1925 hingewiesen.

Daß die Formulierung „notwendiger" Unterhalt nicht glücklich ist, war ebenfalls schon gesagt.

Diese Formulierung hat nämlich den Nachteil, daß die Unterhaltsansprüche vermögender unverheirateter minderjähriger Kinder (§ 1603 Abs. 2 BGB), sowie der des vermögenden unehelichen Kindes (§ 1708 BGB) ungeschützt bleibt, da der Unterhalt, den die Eltern bzw. der uneheliche Vater zu leisten hat, nicht „notwendiger" Unterhalt ist. Denn bei Verletzung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht wird dieser Vater noch nicht den notwendigen Unterhalt des Kindes gefährden. Es erscheint aber nicht zweckmäßig, die Unterhaltsverpflichteten vermögender Minderjähriger bei Verletzung ihrer Pflicht milder zu behandeln, als die Unterhaltspflichtigen vermögensloser Berechtigter. Denn beide sind in gleicher Weise verpflichtet, und beide verletzen ihre Pflicht in derselben Art und Weise[21]).

Neu an diesem Vorschlag ist lediglich, daß sich der Unterhaltspflichtige entweder „böswillig oder aus grobem Eigennutz" seiner Pflicht entziehen muß.

In zweiter Lesung[22]) wurde § g dahingehend geändert:

„Wer sich böswillig oder aus grobem Eigennutz einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, so daß der notwendige Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten erheblich gefährdet ist, namentlich daß öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer in An-

20) Besonders aus dem Entwurf 1925, dessen § 282 Abs. 1 diese Vorschrift des Gürtnerschen Entwurfs nachgebildet ist.

21) Vgl. d. Ausf. z. Ent. 1925.

22) Veröff. 1936, S. 188 ff., S. 193.

spruch genommen werden muß, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft."

In zweiter Lesung hat die amtliche Strafrechtskommission sich dahin entschieden, daß eine erhebliche Gefährdung des notwendigen Unterhalts des Berechtigten zur Strafbarkeit ausreicht, daß also die Inanspruchnahme öffentlicher Hilfe oder der Hilfe anderer nicht in Anspruch genommen werden muß.

Diesem Vorschlag muß man zustimmen. Der Täter hat auf das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals keinerlei Einfluß Deshalb kann im geltenden Recht — was schon immer als ein Mangel empfunden wurde — oft der Unterhaltspflichtverletzer lediglich deshalb nicht bestraft werden, weil der Unterhaltsberechtigte zu bescheiden ist, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen. Daß dieser Umstand dem Unterhaltspflichtigen, der seine Pflicht verletzt, zugute kam, wurde schon immer als ein erheblicher Mangel empfunden.

Es ist deshalb sehr zu begrüßen, daß Tatumstände, für deren Eintritt sein Verhalten nicht kausal ist, ihm auch nicht zugute gerechnet werden.

Außerdem erkennt der Entwurf in zweiter Lesung an, daß der notwendige Lebensbedarf auch dann erheblich gefährdet sein kann, wenn — was aus dem Wort „namentlich" hervorgeht — auch keine öffentliche Hilfe oder Hilfe anderer in Anspruch genommen werden muß.

Für nahe Familienangehörige wird die Erfüllung der Unterhaltspflicht noch durch § k — § h erster Lesung — [23]) gewährleistet, wonach ein Ehegatte, der böswillig die Familienhabe veräußert oder beiseite schafft und dadurch die notwendige Lebensführung des anderen Ehegatten sehr gefährdet oder unmöglich macht, mit Gefängnis bestraft wird. Ebenso werden nach Abs. 2 Eltern bestraft, die eine Handlung gegen ihre Kinder begehen.

Auch befindet sich im Entwurf [24]) eine Strafbestimmung, die den Gedanken des § 361 Abs. 1 Ziff. 5 wieder aufgegriffen hat. Hiernach wird bestraft, wer sich durch Spiel, Trunk und Müßiggang außerstande setzt, seinen Unterhalt zu verdienen und seine gesetzliche Unterhaltspflicht zu erfüllen.

Dieser Gürtnersche Entwurf geht von allen Entwürfen am weitesten in Beziehung auf den strafrechtlichen Schutz des Unterhaltsanspruchs. Die Auffassung des nationalsozialistischen Staates zwingt auch dazu.

---

23) Der einer Anregung des Preuß. Justizministers — vgl. S. 127, bes. Anm. 18, d. Arb. — zu verdanken ist.

24) 2. Lesung, S. 142.

LEBENSLAUF.

Am 22. Mai 1913 wurde ich in Bernburg/Saale als Sohn des inzwischen verstorbenen Bergassessors Hermann Michels, damaligen Bergwerkdirektors auf Kalibergwerk Solvayhall bei Bernburg/Saale, und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Schreiber geboren. Ostern 1919 kam ich in die Vorschule nach Bernburg, die ich drei Jahre lang besuchte; von Ostern 1922 ab besuchte ich 9 Jahre lang das humanistische Karlsgymnasium ebenda, woselbst ich am 4. März 1931 die Reifeprüfung (Abiturientenexamen) bestand.

Vom Sommersemester 1931 bis zum Wintersemester 1934/1935 widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar während der ersten vier Semester an der Universität zu München, im fünften Semester an der Universität zu Berlin und in den letzten Semestern an der Universität Halle-Wittenberg zu Halle/Saale. Während dieser Zeit hörte ich insbesondere die Vorlesungen der Herren Professoren und Dozenten v. Beling, Beyerle, Cosack, Doerr, Engisch, v. Frank, Grueber, Kisch, Müller-Erzbach, Riezler, Weber, Wenger, v. Zwiedineck-Südenhorst in München, Bornhak, Bruns, Dersch, Glum, Heymann, Kohlrausch, Peters, Scheuner, Schlegelberger, Stutz, Tietze, Triepel in Berlin, und Bilfinger, Böhmer, Fleischmann, Hein, Jahn, Noack, Ruth, Siebert, Schmaltz, R. Schmidt, Schwinge, Wegner in Halle/Saale. Allen diesen meinen verehrten Lehrern, vor allem denen an der Universität Halle/Saale, spreche ich auch an dieser Stelle meinen Dank aus für die Förderung, die sie meinem Studium angedeihen ließen. Für die Anregung dieses Themas und für die weitere Hilfe bei Anfertigung meiner Arbeit sowie für das besondere Entgegenkommen bei der beschleunigten Anberaumung des mündlichen Prüfungstermins bin ich Herrn Professor Dr. Wegner zu besonderem Dank verpflichtet.

Am 22. Juni 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung (Referendarexamen) vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Naumburg (Saale) befriedigend. Am 13. September 1935 erfolgte meine Ernennung zum Gerichtsreferendar im Bezirk des Kammergerichts, nachdem infolge des Todes meines Vaters im Mai 1935 ich meinen ständigen Wohnsitz nach Potsdam verlegt hatte. Am 13. Dezember 1935 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Vom 1. Oktober 1935 bis zum 1. Oktober 1936 diente ich freiwillig beim Heer, der Panzer-Abwehr-Abteilung 14 in Halle/Saale. Seit meiner Entlassung aus dem Heer befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts, zur Zeit beim Landgericht in Potsdam.

Potsdam, den 1. August 1937.

Hermann Michels.